

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA
CONDITION JURIDIQUE
DE L'ÉPOUSE

SÉPARÉE DE FAIT, DANS SES RAPPORTS
AVEC LES TIERS

ÉTUDE CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 15 Février 1912, à 1 h. 1/2

PAR

JÉRÉMIE LEFEBVRE

Président : M. PLANIOL, *professeur*
Suffragants { MM. LYON-CAEN, *professeur*
PERCEROU, *agrégé*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LA
CONDITION JURIDIQUE
DE L'ÉPOUSE

SÉPARÉE DE FAIT, DANS SES RAPPORTS
AVEC LES TIERS

ÉTUDE CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

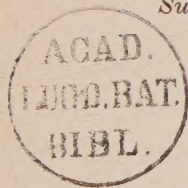
sera soutenu le Jeudi 15 Février 1912, à 1 h. 1/2

PAR

JÉRÉMIE LEFEBVRE

Président : M. PLANIOL, professeur

Suffragants { *MM. LYON-CAEN, professeur*
PERCEROU, agrégé



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA CONDITION JURIDIQUE

DE

L'ÉPOUSE SÉPARÉE DE FAIT

DANS SES RAPPORTS AVEC LES TIERS

AVANT-PROPOS

—

DÉLIMITATION DE LA THÈSE

L'obligation pour les époux de vivre ensemble, édictée par l'article 214 du Code civil, est la plus importante de celles qui découlent du mariage. Elle est de son essence même, puisque le but du mariage est précisément de créer entre les époux une association intime d'affections et d'intérêts.

C'est pourquoi la convention, intervenue entre ceux-ci, aux termes de laquelle la femme ne serait pas forcée d'habiter avec son mari, serait entachée de nullité absolue comme portant atteinte à l'ordre public et à la morale.

Cependant les auteurs et la jurisprudence ont dû se

préoccuper d'une situation qui, bien que contraire aux prescriptions de la loi, se trouve assez répandue dans la pratique : celle où les époux, en dépit des devoirs auxquels ils avaient entendu se soumettre lors de la célébration du mariage, vivent séparés de fait l'un de l'autre, et pour des raisons le plus souvent morales se refusent à recourir aux moyens que la loi offre à chacun d'eux pour rentrer dans la légalité ; si bien qu'associés en droit, ils sont devenus en fait des étrangers. Le mariage subsiste par une fiction de la loi.

Le seul remède véritablement efficace pour ce cas où la vie commune est désormais devenue impossible serait de s'adresser à la justice pour demander la séparation de corps ou le divorce ; et les époux, par scrupule ou crainte du scandale, voire des conséquences qui en résulteraient, ou encore parce que les motifs ne sont pas suffisants pour l'obtenir, hésitent à le demander tant qu'ils n'auront pas à souffrir des inconvénients de leur vie indépendante.

D'ailleurs la demande en divorce ou séparation de corps est un droit pour chacun des époux, elle n'est jamais un devoir (1). Et lorsqu'ils sont d'accord pour vivre séparément, nous ne saisissons pas comment on pourrait les forcer à rétablir la vie commune.

Cette situation est illégale ; mais elle n'en est pas moins

(1) Cour Bordeaux, 3 février 1853 (D. 54, 2, 10).

forcée, en ce sens qu'elle constitue un fait contre lequel aucune puissance humaine ne peut rien, un fait que les plus fortes législations ne peuvent empêcher. Les mœurs seules pourraient réduire le nombre des séparations de fait.

Aussi voyons-nous très souvent de ces séparations, les unes passagères, les autres durant jusqu'à la mort de l'un des époux. Les statistiques, qui nous renseignent d'une façon certaine sur les cas de divorce ou de séparation de corps, ne nous fournissent aucune indication sur le chiffre des désunions de fait que rien ne permet de constater. Depuis un certain temps jurisconsultes et sociologues s'en occupent particulièrement et les recueils de jurisprudence montrent que les tribunaux ont à se prononcer souvent à leur sujet. Nous présumons de là qu'elles doivent être fort nombreuses.

Nous allons plus loin. Il est des cas dans lesquels les magistrats ont dû et doivent reconnaître la séparation de fait, l'appliquer, c'est-à-dire lui conférer un semblant de légalité. Ainsi, s'il est prouvé que la santé de la femme ne lui permet pas de suivre son mari ou exige d'elle une cure dans une station thermale, si le mari entretient au domicile conjugal une concubine ou y amène des personnes étrangères ne respectant pas la femme, s'il n'offre pas un logement convenable (bien que ce dernier cas soit controversé) : autant d'hypothèses où le mari n'est pas recevable à contraindre

son épouse à habiter avec lui (1), partant autant de séparations de fait judiciairement consacrées. L'obligation pour la femme de cohabiter avec son mari est corrélative à l'obligation pour celui-ci de la recevoir suivant ses facultés et son état. Il a même été jugé que l'époux auquel son conjoint rend la continuation de la vie commune impossible peut obtenir en justice de ce dernier les aliments nécessaires pour avoir un train de vie distinct (2).

Il importe donc d'étudier la séparation de fait et d'envisager ses effets.

Un point est hors de doute : le mariage n'est pas dissous. Par suite, il conserve sa force entière. Il ne peut dépendre de la volonté d'aucun époux ni même du consentement de tous deux d'amoinrir ses effets légaux. Toute convention réglant les conditions d'une séparation de fait, relativement soit aux intérêts pécuniaires des époux, soit à la garde des enfants, ayant une cause illicite, serait en conséquence nulle comme la convention de séparation elle-même. Et particulièrement la promesse du mari de servir à sa femme une

(1) Demolombe, *Du mariage*, Tome II, p. 412, n° 96. — Dalloz, *Jurisprudence générale*, V° Mariage, n° 749 et s. — Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, Tome II, p. 424. — Duranton, *Du mariage*, Tome II, n° 473 — V. aussi : Cour Dijon, 4 janvier 1860, et Cass. Req., 20 novembre 1860 (D. 61, 1, 305 — S. 61, 1, 963). — Cass. req. 2 janvier 1877 (D. 77, 1, 162. — S. 77, 1, 237). Cour Paris, 24 mai 1897 (S. 97, 2, 296).

(2) Cour Bordeaux, 3 février 1853 (D. 54, 2, 10). La jurisprudence décide généralement en sens contraire.

pension annuelle destinée à couvrir ses dépenses n'aurait rien d'obligatoire pour lui, et il pourrait toujours se délier de cet engagement (1). La femme reste soumise à la puissance de son mari.

Combien pourtant les règles précises posées par le Code, dont l'application souffre peu de difficultés en temps normal de cohabitation, s'accommodent mal avec la séparation de fait pour laquelle elles n'ont pas été établies ! Il est, de plus, un certain nombre de questions qui ne se posaient pas lors de la communauté d'existence et qu'il est de grand intérêt de résoudre...

Nous écarterons soigneusement de cette étude un grand nombre de ces questions pour envisager exclusivement les effets de la séparation de fait à l'égard des tiers, autrement dit étudier son influence sur l'activité juridique de la femme mariée.

C'est ainsi que nous ne rechercherons pas spécialement, pour les étudier en elles-mêmes, les diverses causes, très nombreuses, qui peuvent donner naissance à la séparation de fait. Nous serons obligés d'en parler de temps à autre, car elles ont une grande influence sur la solution des problèmes à résoudre ; la jurisprudence notamment a souvent fait de ces différentes causes la base de ses décisions.

(1) Cf. Grenoble, 11 mars 1851 (D. 53, 2, 62 — S. 51, 2, 627). — Tribunal Versailles 16 juillet 1873, sous Cour Paris, 11 mai 1874 (S. 74, 2, 169). — Cass. civ. 14 juin 1882 (D. 83, 1, 248). — Cour Pau, 20 juin 1894 (S. 94, 2, 232).

Nous nous bornerons à distinguer quatre hypothèses, auxquelles peuvent se ramener toutes les autres.

1. La séparation est imputable au mari, soit qu'il abandonne le domicile, qu'il refuse d'y recevoir sa femme, ou soit que par sa conduite ou ses mauvais traitements il la contraigne à le quitter si elle veut sauvegarder sa santé ou sa dignité.

2. La séparation est imputable à la femme, abandonnant le domicile conjugal pour reprendre son existence indépendante, ou refusant de suivre son mari.

3. La séparation est volontaire. Nous nous trouvons alors devant une séparation amiable qui sera parfois accompagnée d'une convention par laquelle le mari s'engagera à servir à son épouse une pension alimentaire ou, si elle est mariée sous le régime dotal, à lui faire une pension sur les revenus de sa dot. Cette convention, nulle comme consacrant une séparation de corps volontaire, joue un rôle que nous étudierons à l'occasion des actes ménagers.

4. Une instance en divorce ou séparation de corps a été formée par l'un des époux et la vie commune se trouve provisoirement suspendue, jusqu'au jugement. La loi de procédure du 18 avril 1886 régleme la matière. En outre, l'article 236 du Code civil permet à l'époux demandeur de solliciter l'autorisation de résider séparément de son conjoint; encore faut-il qu'il cite celui-ci dans les vingt jours s'il ne veut pas voir cesser les effets de l'autorisation accordée (ar-

ticle 238¹). Cette séparation peut durer assez longtemps, puisqu'il est loisible au Tribunal, l'affaire étant terminée, de s'abstenir de prononcer le divorce pendant un délai de 6 mois.

Nous passerons sous silence les moyens mis par la jurisprudence à la disposition des époux pour faire cesser cette situation et obtenir de celui qui s'y refuse l'accomplissement de son devoir en le forçant à réintégrer le domicile conjugal ou à y recevoir son conjoint, et notamment les moyens mis à la disposition du mari pour faire respecter l'autorité dont il est investi (1).

Ces moyens : saisie des revenus, emploi de la force publique, refus de pension alimentaire, condamnation à une astreinte, condamnation à des dommages-intérêts, — souvent dépourvus de toute efficacité, condamnables pour la plupart, n'intéressent que les époux eux-mêmes. Et ce que nous voulons étudier, c'est le régime de la séparation de

(1) Pour les détails, consulter : M. Choquet, *La Séparation de fait entre époux* — M. Abel Durand, *L'autorité maritale et les droits de l'épouse et de la mère*. (Thèse, Paris, 1902). — Dalloz, *Code civil annoté*, art. 214, nos. 21 et seq. et auteurs cités. — Aubry et Rau, tome V (4^e édition), § 471, p. 134 et notes — Demolombe, tome IV, nos. 100 à 109 — Duranton, tome II, nos. 436 à 440. — Marcadé, tome I, n° 726, p. 571. — V. aussi l'article de M. Procès, *De l'abandon du domicile conjugal de la femme mariée*, dans la *Revue de Droit belge*, année 1897, et celui de M. Douchamps, *De l'obligation de la cohabitation entre époux*, dans la même Revue, année 1897.

fait pendant sa durée, abstraction faite par suite des causes qui la font naître ou qui la font cesser.

Quant aux effets de la séparation, nous mettrons de côté tous ceux qui ont trait à la personne même des époux. Ce n'est pas qu'il faille dédaigner leur importance : ainsi la survivance des devoirs moraux de fidélité, de secours et d'assistance, la question de l'exercice de la puissance paternelle, celle du nom patronymique sont autant de points délicats et capitaux. Mais ils font partie, d'après nous, de l'étude plus générale de l'autorité maritale (1).

Incidemment pourtant nous parlerons de l'obligation alimentaire, car elle est dans certains systèmes en rapports étroits avec la capacité de la femme, surtout relativement aux dépenses d'entretien (2).

Rappelons seulement ici qu'en cas d'instance en divorce ou séparation de corps, le Président du Tribunal fixe lui-même, à la demande du réclamant, le chiffre de la pension selon les besoins de celui-ci et la fortune du débiteur ; et que, dans les autres cas, l'époux auquel la séparation est imputable peut être condamné à servir à son conjoint une pension alimentaire. La femme peut la demander à son mari lorsqu'il l'a chassée du domicile, lorsqu'elle s'est enfuie par suite des violences auxquelles elle avait été exposée ou parce que le

(1) On lira avec intérêt à ce sujet la thèse de M. Choquet.

(2) Cf. Dalloz, *Code civil annoté*, art. 212, nos. 20 et seq.

logement ne convenait pas à sa position et ne garantissait pas suffisamment sa sécurité et sa dignité.

Une loi, dont les dispositions sont applicables à la séparation de fait, la loi du 13 juillet 1907 (1), réglemente la contribution des époux aux charges du ménage. Elle substitue, à la demande de pension suivie de saisie-arrêt, la saisie-arrêt presque immédiate autorisée par le Juge de Paix lorsque les ressources de l'époux défendeur proviennent de son travail.

Restent les questions qui se posent à propos des actes juridiques de toutes sortes passés par les époux, actes à l'occasion desquels nous trouvons cette fois d'autres intéressés que les époux eux-mêmes : les tiers.

Ces questions concernent presque exclusivement la femme. Le mari sera fort peu gêné par la séparation, puisqu'il peut se passer, pour la plupart des actes qu'il doit accomplir, du concours de sa femme. La seule difficulté est pour lui l'utilité d'avoir le concours de celle-ci lorsqu'il vend ou hypothèque ses biens ou ceux de la communauté : il faut, en effet, qu'elle cède au tiers son hypothèque légale, ou qu'elle l'y subroge. Autrement, le mari risque de ne trouver aucun acquéreur, ou de ne pas obtenir le paiement de son prix. Souvent aussi le tiers aura intérêt à ce que la femme s'engage solidaire-

(1) Voir pour plus de détails, la note de M. Wahl sous Cour Paris, 7 décembre 1907 (S. 1909, 2, 129) et la note de M. Tissier sous Cass. civ., 1^{er} février 1909 (S. 1909, 1, 209).

ment avec lui pour cautionner son engagement. Il sera indirectement gêné s'il y a séparation, car il est à craindre qu'elle refuse d'intervenir. Ces cas sont de nature à se présenter rarement.

Aussi ne retenons-nous que les actes passés par la femme pendant cette période de cassation de vie commune.

INTRODUCTION

COMMENT S'EST POSÉ LE PROBLÈME

PLAN DE NOTRE ÉTUDE

Il est utile de le constater dès l'abord : aucune disposition du Code ne vise de près ou de loin la question qui nous préoccupe. Et, à part la loi du 13 juillet 1907 sur la contribution des époux aux charges du ménage, il n'existe aucune loi sur laquelle nous puissions nous baser pour solutionner les difficultés.

Comment le problème est-il donc arrivé à se poser ?

Depuis le Concile de Trente et dans le dernier état de l'ancien droit, le divorce n'était plus permis ; le mariage ne pouvait être rompu, sauf si la consommation n'avait pas eu lieu. Ce que les auteurs appelaient séparation d'habitation, c'était la séparation de corps seule autorisée. Cette séparation n'était point, par contre, limitée comme aujourd'hui dans ses causes alors laissées à l'appréciation, sévère il est vrai, des juges (1). Quant à la séparation volontaire, ou séparation

(1) *Œuvres de Pothier*, VI, n° 507.

de fait telle que nous l'entendons, à aucune époque jusqu'à la Révolution, elle ne fut admise. Une pareille convention aurait constitué un acte radicalement nul, qui n'eût produit aucun effet (1).

L'engagement du mariage étant formé par Dieu lui-même, « non seulement il est indissoluble, mais il n'est même pas permis aux parties qui l'ont contracté de donner la moindre atteinte aux effets qu'il doit produire, sans de graves causes dont le mérite doit être examiné et reconnu par le juge (2) ».

On n'est donc pas étonné si la séparation de fait ne produisait aucun effet, d'autant plus que la séparation de corps elle-même déchargeait seulement la femme de l'obligation de cohabiter avec son mari. Si, comme le dit Pothier, la séparation d'habitation emportait séparation de biens et dissolution de la communauté, et enlevait au mari tous droits sur les biens de sa femme, du moins celle-ci avait toujours besoin de recourir à son autorisation pour les actes autres que ceux d'administration de ses biens (3).

Cependant on a vu parfois des Parlements autoriser la femme à résider pendant un temps chez sa mère ou encore (4), saisis d'une demande en séparation de corps, auto-

(1) Nouveau Denisart. Voir Séparation, nos. 7, 18 et 19, auteurs et arrêts cités.

(2) *Œuvres de Pothier*, VI, n° 517. — Voir aussi Merlin, Rep. *Séparation de corps*, § III, n° 4. — Duplessis sur la Coutume de Paris, *De la Communauté*, Livre II, chapitre II.

(3) Merlin, v° *Autorisation maritale*. Section VII, n° 5.

(4) Parlement de Metz, 14 décembre 1691 et 21 octobre 1638. — Merlin, v° *Séparation de corps*, § 1, nos. 8 et 9 et § III, nos. 11, 12 et 13.

riser les époux à résider séparément pendant un certain délai.

Dès lors il fallait régir les rares difficultés qui se présentaient par les principes généraux du droit. Nous verrons au cours de notre étude que les conséquences différaient peu de celles actuellement admises. La femme avait notamment mandat tacite pour ce qui concerne les dépenses du ménage, et il semble bien que les dettes de fournitures contractées par la femme séparée de fait ne pouvaient être exécutées contre le mari qui était seulement tenu de l'action de *in rem verso*. En outre, les actes de la femme non expressément autorisés étaient nuls (1), sauf en cas de commerce séparé du mari où l'autorisation était présumée, et sauf en cas de fausse déclaration de la part de la femme.

Une loi de 1792 admit le divorce, mais rejeta la séparation de corps. Un décret des 4-9 floréal an II, suspendu par un décret de thermidor an III, décida que le divorce pourrait être immédiatement prononcé s'il était prouvé par acte authentique ou acte de notoriété que deux époux vivaient séparés de fait depuis plus de six mois, et que l'époux abandonné pourrait obtenir le divorce six mois après l'abandon. Mais de cette séparation elle-même le décret ne souffla mot.

Survint le Code de 1804. L'influence du premier Consul a été considérable sur sa rédaction. Dans l'esprit de Bonaparte la femme était la propriété de l'homme (2), et par

(1) Nous trouvons deux arrêts en ce sens, Merlin, v^o *Autorisation maritale*, p. 74.

(2) *Mémorial de Sainte-Hélène*, tome IV, p. 227.

suite le mari se trouvait avoir un droit sur elle ; l'obligation de cohabitation était jugée générale et absolue. Cependant Portalis tempéra cette règle rigoureuse en basant avant tout l'autorité maritale sur la nécessité d'un chef dans toute société.

La femme devait obéir ; la cohabitation, notamment, qui n'était pour elle qu'une des formes de l'obéissance, devait être scrupuleusement observée. Tout pacte établissant des séparations volontaires était déclaré nul de nullité absolue ; au point de vue juridique cette situation ne produisait aucun effet. Si le mariage était devenu impossible, le Code ne vit d'abord qu'un seul remède : le divorce. Et s'il admit la séparation de corps, ce fut seulement pour respecter la liberté des cultes. Hors le seul cas de divorce, toute force restait donc au mariage.

Là se borne l'allusion lointaine à notre matière. Le silence du Code sur la séparation de fait, et plus spécialement sur la question des actes ménagers qui ne paraît pas avoir été entrevue lors des travaux préparatoires et de la discussion du Code, ne s'explique que par l'esprit de défaveur dans lequel elle était tenue. En instituant l'autorité maritale très forte quant au mariage, on entendait bien que sa principale application, l'incapacité de la femme, subsisterait malgré tout. C'est un point qu'il ne faut pas perdre de vue.

Comme dans l'ancien droit, il a alors fallu recourir aux principes généraux du droit pour résoudre les difficultés qui sont survenues depuis lors.

A ce moment la question se posait seulement de l'obliga-

tion alimentaire. Les séparations de fait étaient encore peu fréquentes ; car les époux, ayant à leur disposition, pour la première fois, le choix entre la séparation de corps et le divorce, ne songeaient guère à recourir à une troisième situation. Et, d'autre part, les transactions des femmes avec les tiers, du moins celles fort importantes, étaient rares.

Mais la question s'est présentée bientôt à l'occasion des actes ménagers. Elle a donné lieu jusqu'à nos jours à une jurisprudence nombreuse : jurisprudence d'abord hésitante, qui applique dans ses dernières rigueurs le principe de la nécessité de l'autorisation maritale ; puis qui se dégage peu à peu des règles étroites du Code civil en créant plusieurs systèmes, souvent mal formulés, pour aboutir presque à reconnaître en cette matière un droit propre à l'épouse.

Et pendant longtemps le problème est resté circonscrit à ce point particulier. Ce n'est qu'en ces derniers temps qu'il s'est étendu. Aujourd'hui il se pose de la manière la plus générale : quelle est l'influence de la séparation de fait sur la condition juridique de la femme mariée ?

Pour étudier cette influence, objet de notre première partie, nous envisagerons successivement trois sortes d'actes (1) qui formeront autant de sections de cette partie.

1. Il est certains actes que la femme mariée peut faire seule, en vertu de la loi ou de son régime matrimonial, sans avoir besoin de se procurer l'autorisation maritale, et,

(1) Cette division tripartite est faite uniquement pour la commodité de l'étude. Nous ne prétendons pas qu'elle soit rationnelle.

ce faisant, elle s'engage elle-même ou la communauté suivant les cas. Nous les délimiterons avec soin ; car, s'ils restent permis à la femme séparée, nous aurons par là établi les limites dans lesquelles cette situation nouvelle n'a aucune influence.

2. Il est d'autres actes, qualifiés par les auteurs d'actes ménagers, que la femme mariée peut accomplir, en engageant alors le mari, et la communauté si elle se trouve soumise à ce régime ; on l'explique par la fiction de mandat domestique. Nous rechercherons si la séparation de fait n'a pas parfois pour effet de supprimer ce mandat, et si les tiers n'ont pas à leur disposition des voies de recours contre le mari pour le forcer à exécuter l'engagement contracté par la femme.¹

3. Enfin restent les autres actes, d'une façon générale tous ceux qui n'ont pas été compris dans l'une des deux classes précédentes, qui intéressent exclusivement la femme et qu'elle ne peut faire sans autorisation. A leur propos, comme à propos des actes ménagers dans les cas où nous aurons conclu à leur nullité du fait qu'ils ont été accomplis par la femme sans autorisation, nous verrons si le mari et elle-même ne sont pas dans certaines hypothèses dépouillés de leur action en nullité fondée sur le défaut d'autorisation.

Une quatrième section sera consacrée à l'exercice d'un commerce ou d'une profession par la femme séparée.

Dans un tableau d'ensemble (ce qui formera notre cinquième section), nous résumerons la situation de l'épouse séparée de fait telle qu'elle se présente dans la réalité.

Ayant ainsi établi la condition de la femme séparée de fait dans ses rapports avec les tiers, nous parlerons dans une deuxième partie des réformes touchant la question qui nous préoccupe.

Nous étudierons dans une première section celles qui ont été accomplies dans certaines législations étrangères, les plus récentes.

Nous nous efforcerons ensuite d'indiquer dans quelle voie notre législation doit s'avancer ; c'est ce que nous révéleront les lacunes et les résultats de notre législation actuelle, tels qu'ils se présenteront au cours de notre étude. L'examen même des dispositions de quelques lois étrangères nous guidera dans cette recherche d'une solution plus adéquate aux mœurs actuelles ; sans perdre de vue toutefois cette idée que la situation de la femme mariée varie suivant les différents pays. Au surplus, nous ne pouvons qu'émettre de simples indications ; car, ce qu'il faudrait, c'est aller jusqu'à modifier, améliorer la condition de la femme mariée, ce qui se trouve en dehors de notre domaine.

Nous nous bornerons à signaler (ce sera la seconde section de la deuxième partie), les réformes générales qui nous paraissent désirables dans cet ordre d'idées, et la répercussion qu'elles auraient sur la condition de la femme séparée dans ses rapports avec les tiers.

Nous indiquerons, en outre, dans une troisième section, les réformes qui devraient être réservées à la femme abandonnée.

Nous n'aurons plus qu'à tirer une rapide conclusion pour

résumer la solution que nous souhaiterions voir appliquer à la femme séparée de fait.

Et, si nous sortons parfois du cadre de notre étude plus qu'il ne conviendrait, nous aurons une excuse dans le fait que ces réformes deviennent d'actualité : le législateur a compris la nécessité de plusieurs d'entre elles ; déjà même il s'en est occupé.

PREMIÈRE PARTIE

LA CONDITION DE LA FEMME SÉPARÉE DE FAIT DANS LE DROIT ACTUEL

SECTION PREMIÈRE

Actes valables sans autorisation spéciale.

Le nombre des actes valables sans autorisation spéciale varie avec les différents régimes. Nous citerons les principaux, nous attachant surtout à dégager, dans les lois récentes qui dispensent la femme de l'autorisation maritale pour des cas fort importants, l'esprit général de ces lois et le principe qui a inspiré leur auteur, et à montrer la différence de condition de l'épouse séparée de fait suivant le régime sous lequel elle se trouve vivre. Nous résoudrons aussi les difficultés, fort rares au surplus, que fait naître la séparation à leur sujet.

I. — Code civil

Un certain nombre d'opérations juridiques sont ainsi per-

mises à la femme en vertu d'un texte de loi formel ou des principes généraux du droit, sans qu'elle ait besoin de se munir de l'autorisation du mari, et quel que soit son régime matrimonial. Sur ces actes l'état de mariage n'a aucune influence ; la femme mariée, en principe incapable, est relevée quant à eux de son incapacité, le droit de les faire sans autorisation lui est propre. On comprend, dès lors, que la séparation de fait n'ait sur eux aucun effet.

Quelques-uns ne visent qu'indirectement les tiers. Ainsi la femme peut disposer par testament des biens qui lui appartiendront lors de son décès, révoquer un testament ou une donation entre vifs faite à son mari pendant le mariage ; exercer certains droits attachés à sa personne, comme reconnaître un enfant naturel ; faire une demande en divorce, en séparation de corps ou séparation de biens moyennant l'autorisation judiciaire ; défendre en justice en cas de poursuite au criminel ou en matière de police (art. 216).

De plus, elle peut « faire tous les actes et prendre toutes les mesures qui ont uniquement pour objet la conservation ou la sûreté de ses droits » (1). Nous notons dans ce sens les réparations urgentes, les sommations, protêts, saisies-arrêts, inventaires, inscriptions hypothécaires, transcriptions, révocations de mandat.

Elle peut acquérir par prescription. Elle est responsable de ses délits et de ses quasi-délits. A noter aussi cette opinion

(1) Aubry et Rau, § 472, p. 143. — Voir aussi M. Laurent, tome III, n° 98. M. Basset, p. 203 et seq.

d'après laquelle la femme pourrait faire sa médecine, son droit sans autorisation ou même prêter serment d'avocat et se faire inscrire au barreau (1).

II. — Lois d'Épargne.

La loi du 9 avril 1881, dans son article 6, alinéa 6, permet à la femme mariée, quel que soit son régime matrimonial, de placer sans autorisation ses économies à la Caisse d'Épargne et de retirer les sommes inscrites aux livrets, sauf exercice par le mari de son droit de faire opposition au retrait des fonds.

Cette loi semble au premier abord soulever une difficulté. M. Le Bastard, rapporteur de la loi au Sénat, a formellement déclaré (2) que la femme, en opérant avec la Caisse d'Épargne, agissait en vertu d'un mandat tacite du mari ; et ce, en réponse à ceux qui voyaient dans la loi une dérogation au principe de l'incapacité de la femme mariée (3). Il était d'autant plus naturel d'admettre l'existence du mandat que les économies sont presque toujours réalisées par les soins de la femme et souvent sur les produits de son industrie.

M. Planiol admet, lui aussi, l'explication du mandat tacite en rejetant celle du droit propre. A cet égard il déclare que

(1) Cette opinion est généralement rejetée, notamment par M. Planiol (tome I, n° 930).

(2) *Journal officiel*, 10 mars 1881. Doc. parl. Sénat, 3 février 1881, annexe 23, p. 228.

(3) Huc, tome IX, n° 159.

le texte est sans portée, comme étant la répétition inutile d'un principe incontesté (1). Le seul mérite de la loi, à ses yeux, est d'avoir parlé pour la première fois de ce mandat tacite donné par le mari à la femme pour les menues affaires de communauté.

De même, lors de la discussion de la loi du 20 juillet 1895 qui permet au mari opposant de toucher la somme déposée, lorsque la femme ne s'est pas pourvue à fin d'obtenir mainlevée de cette opposition dans le délai de 1 mois à partir du jour où l'opposition lui a été dénoncée à la diligence de la Caisse d'Epargne, il a encore été déclaré expressément que la femme qui traite avec les Caisses d'Epargne le fait en vertu d'un mandat tacite : « Nous avons, comme le législateur de 1881, dit M. Denormandie dans le rapport supplémentaire par lui présenté au Sénat, considéré que la femme mariée qui faisait personnellement des dépôts avait un mandat tacite de son mari... Celui-ci dans notre pensée a toujours la faculté de former opposition ; s'il ne le fait pas, son silence implique la prolongation tacite du mandat par lui donné à sa femme (2) ».

Dès lors, en cas de séparation de fait la question se poserait de savoir si ce mandat subsiste, question que nous étudions plus loin à propos des actes ménagers et d'administration.

(1) *Revue critique*, 1882, p. 42 et 46.

(2) *Journal officiel*, 25 mai 1894, Doc. parl. Sénat, 1894, annexe n° 29, p. 69. Dans le sens du mandat tacite, Cour Dijon, 20 décembre 1905 (D. 06 2, 327).

Mais est-ce bien un mandat ? Si la femme conteste l'emploi que fait le mari de son droit de révocation, elle peut, de par la loi de 1895, s'adresser à la justice et obtenir mainlevée de l'opposition. Le législateur en ne permettant au mari d'intervenir valablement que s'il a de justes motifs a entendu assurer à la femme le bénéfice de la loi.

Au surplus, considérons le mari lui-même. La loi lui accorde un droit d'opposition : soit ! Mais, a-t-il une raison d'intervenir, il doit, pour s'opposer au retrait des fonds (1), former une opposition en règle comme tout créancier ; et, dans aucun cas, il ne peut s'opposer au dépôt, même de sommes appartenant à la communauté. Traité comme un simple créancier opposant, il est loin de ressembler au propriétaire ayant donné mandat.

Dans son rapport, M. Le Bastard ne déclare-t-il pas lui-même que si le ménage est désuni, ce sera à cause de l'inconduite ou de l'abandon du mari, et qu'alors il importe d'assurer à la femme le moyen de placer ses économies ? Il y a là une contradiction avec l'idée, exprimée aussitôt après, de mandat. La loi dit : la femme peut « sans autorisation ». La pensée du législateur était bien de dispenser d'une autorisation qui eût été sans cela nécessaire.

Parler de mandat est donc en méconnaître la véritable nature. Il s'agit plutôt, malgré les termes employés, d'un droit propre reconnu à la femme et placé sous le contrôle du

(1) Encore faut-il qu'il connaisse l'intention de sa femme d'opérer le retrait, elle peut le lui cacher.

mari et de la justice (1). Par suite, la question ne se pose pas, la séparation de fait n'aura aucune influence.

Le droit d'opposition du mari, remarquons-le, est totalement supprimé si la femme effectue un dépôt en vertu de la loi du 13 juillet 1907 que nous étudierons plus loin et conformément à une circulaire du 8 novembre de la même année, c'est-à-dire moyennant déclaration spéciale et justification d'une profession séparée.

Nous ne pouvons passer sous silence l'article 2 de la loi de 1895 qui permet à tout déposant, dont le crédit est de somme suffisante pour acheter dix francs de rente au moins, de faire opérer cet achat en titres nominatifs par les soins de la Caisse d'Epargne. Celle-ci peut faire vendre ces titres et porter le capital de la vente au nom du déposant et à son compte spécial. On permet ainsi à la femme des acquisitions de valeurs négociables faites en vue d'opérer le placement des économies de la famille (2).

Ce que nous avons dit des lois de 1884 et 1895, nous l'appliquerons à la loi du 20 juillet 1886 relative à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, laquelle loi permet (article 13, alinéa 4) aux femmes mariées, peu importe le régime, de faire des versements à cette Caisse. Aucun droit d'opposition n'est réservé au mari.

Citons pour mémoire la loi du 1^{er} avril 1898 en vertu de

(1) En ce sens M. Baudry-Lacantinerie, tome III, n° 97 ter. — M. Planiol, tome III, n° 1045. — M. Aftalion, *La femme mariée*, p. 115 et 117.

(2) M. Basset, p. 341.

laquelle la femme peut devenir membre des sociétés de secours mutuels sans autorisation du mari.

III. — Loi du 13 juillet 1907.

Il est surtout une loi d'une importance on peut dire capitale en notre matière, en ce sens qu'elle a amélioré considérablement la condition juridique de la femme mariée en étendant sa liberté, et partant restreint le nombre d'actes pour lesquels des difficultés s'élevaient lorsque les époux étaient séparés de fait. C'est la loi du 13 juillet 1907 « sur le libre salaire des femmes mariées » (1).

On peut même ajouter, et on n'a pas manqué de le prétendre, que c'est surtout aux ménages désunis que cette loi profiterait. En effet, elle restera restreinte, dans son application, au cas de vie commune, car l'époux ne saura ou n'osera la faire appliquer. D'ailleurs, la femme vivant alors en bonne intelligence avec son mari a moins à craindre qu'il ne détourne ses gains de leur destination, c'est-à-dire ne les emploie pas à subvenir aux charges du ménage. Et s'il veut dissiper les ressources du ménage, ce ne sera certes pas la loi qui l'en empêchera.

(1) Pour l'historique de cette loi, voir le rapport rédigé par M. Guillier au nom de la commission du Sénat, rapport publié au *Journal officiel* du 19 septembre 1907. (Doc. parl. Sénat, session ordinaire 1907, annexe n° 77, p. 54). Elle a surtout été préparée par l'Avant-Courrière, association féministe, et la Société d'Etudes législatives.

Au contraire, cette loi sera fréquemment invoquée par la femme abandonnée. Celle-ci, n'ayant plus de foyer, pour s'entretenir et entretenir ses enfants qu'elle aura souvent avec elle, va être appelée à l'usine, à l'atelier ou dans un commerce quelconque. Tout naturellement elle cherchera à soustraire ses gains à son mari qui serait porté, par haine ou vexation, à les appréhender pour lui seul. Aussi un auteur a-t-il pu dire « que non seulement la séparation de fait n'est pas à elle seule pour la femme une cause de privation des droits que la loi de 1907 lui donne sur son salaire, mais même que cette séparation de fait du mari — au moins quant à l'exercice du travail — lui est une condition *sine qua non* pour bénéficier de ces mêmes droits (1) ».

Notre intention est, loin d'entrer dans l'analyse approfondie de la loi, de montrer seulement son influence sur la condition de la femme mariée qui a recouvré sa vie indépendante (2).

Malgré qu'elle soit intitulée « loi sur le libre salaire de la femme mariée », elle s'applique non seulement aux femmes qui touchent un salaire, mais à toutes celles qui réalisent

(1) Note de M. Lalou dans Dalloz, 09, 2, 17.

(2) Pour l'étude plus détaillée de cette loi voir : M. de Feydeau de Saint-Christophe, *L'émancipation de la femme mariée dans la législation contemporaine* (Thèse Paris 1909), p. 121 et suiv. — M. Paul Guyot, *L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques* (Thèse Dijon, 1910). — MM. Lecourtois et Surville, la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée (Paris, 1908). — Note de M. Lalou dans Dalloz, 1910, 2, 281 et auteurs cités. — Sirey, *Lois annotées*, 1908, p. 593.

des gains en exerçant une profession quelconque. M. le Sénateur Guillier l'a dit formellement dans son rapport (1).

Désormais toute femme mariée, qui exerce une profession distincte de celle de son mari, qu'elle soit ouvrière, employée, fonctionnaire, commerçante ou qu'elle s'adonne à une profession libérale, et qui tire un gain de son travail personnel (fût-elle très riche) à la libre administration de son pécule : « Sous tous les régimes, ...la femme a sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens. »

Et ce pécule comprend à la fois : ses gains personnels (en exceptant toutefois, semble-t-il, les bénéfices retirés d'une industrie qui a nécessité l'engagement de capitaux prélevés sur des biens non réservés de la femme); les économies mises de côté par elle sur les produits de son travail; les biens, mobiliers ou immobiliers, droits de créance ou droits réels, acquis en emploi ou remploi de ces bénéfices et économies; et les fruits produits par ces gains, économies et biens. Il comprend même les indemnités pour accidents, pour brusque congé, les allocations diverses telles que pourboires, commissions, gratifications, indemnités de résidence ou de logement, pensions de retraite, en un mot toutes les sommes auxquelles la femme a droit parce qu'elle travaille (2). Car

(1) *Journal officiel*, 19 septembre 1907 (Doc. parl. Sénat, 1907, annexe n° 77, p. 55, colonne 1.

(2) Note de M. Lalou dans Dalloz, 1909, 2, 17.

si le législateur a employé l'expression « produits du travail » et non « salaire », c'est parce qu'il a voulu, comme les travaux préparatoires en témoignent, donner à ses dispositions la portée la plus étendue (1).

La femme peut en outre disposer des biens composant ce pécule dans d'assez larges limites : les vendre, les échanger, hypothéquer les immeubles, les donner à bail pour plus de neuf ans, acquérir, aliéner à titre onéreux, s'obliger dans les limites de son administration (2), ester en justice pour les contestations relatives aux droits reconnus par cette loi. Les opérations juridiques de la femme à cet égard sont d'autant plus facilitées que les biens réservés à son administration peuvent être saisis par ses créanciers.

Il y a dans cette étendue de ses pouvoirs un droit propre. Nous verrons plus loin que la jurisprudence, s'appuyant sur cette loi, a voulu étendre encore la capacité de la femme séparée en lui reconnaissant en d'autres hypothèses un droit propre.

Grâce à ce droit qui dispense la femme de l'autorisation et de l'intervention du mari, celle-ci se trouve investie légalement de certains biens communs. Il faut se garder d'y voir une extension du mandat tacite à elle reconnu dans certains cas ; car alors elle représenterait légalement son mari et le mandat serait révocable.

Il faut y voir au contraire une extension de sa capacité

(1) *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1908, p. 311.

(2) Ce point est controversé. Pour certains la femme serait seulement incapable d'aliéner à titre gratuit.

propre de par l'autorité de la loi ; M. le Sénateur Guillier l'a affirmé dans son rapport et lors de la première délibération au Sénat (1). Les termes mêmes de la loi qui déclare donner à la femme des pouvoirs de même nature que ceux concédés à la femme séparée de biens pour l'administration, permettent de voir, sans doute possible, dans ces pouvoirs un droit propre (2).

C'est pourquoi la séparation de fait, bien que non visée, ne saurait avoir aucune influence. Et cela, malgré que l'intitulé puisse laisser supposer que la loi statue uniquement en vue de la femme qui fait ménage commun avec son mari ; car le texte est général. C'est donc se tromper que de décider, comme l'a fait le Tribunal civil de Boulogne (3), que la loi n'a pas été établie en vue des époux qui ont cessé de vivre en commun. Elle est utile surtout en cas de séparation de fait, nous l'avons vu plus haut. Il n'y aurait aucune bonne raison d'enlever à la femme cette protection, précisément au cas où elle en a le plus besoin.

La condition de l'épouse séparée est modifiée du tout au tout depuis cette loi, surtout si les produits de son travail constituent la seule source de ses revenus. Bien souvent il en sera ainsi, et l'on pourrait dire de la loi ce qu'un auteur, M. Testoud, disait de la loi de 1884 sur les Caisses

(1) *Journal officiel*, 19 septembre 1907 (Doc. parl. Sénat, 1907, annexe n° 77, p. 53). — *Journal officiel*, 15 mai 1907, séance du 14 mai 1907 (Débats parl. Sénat, p. 621).

(2) Voir M. Baudry-Lacantinerie, tome III, n° 250-3°.

(3) Trib. civ. Boulogne, 3 mars 1908 (D. 08, 2, 17).

d'Epargne : par l'application de cette loi on pourra voir une femme gérer toutes les valeurs communes si les sommes provenant de son travail forment l'unique avoir du ménage. « Ce n'est pas seulement une séparation de biens partielle ; c'est bien plus une communauté dont le mari n'est plus le chef nécessaire, et dont l'administration, la jouissance et même la disposition peuvent régulièrement appartenir à la femme (1). »

Munie d'un droit propre, elle est à l'abri des tracasseries du mari, sa tâche en est facilitée d'autant. Tandis qu'avant la loi, elle ne pouvait disposer sans autorisation des fruits de son travail et que le mari, maître de la communauté, pouvait toucher les gains et salaires de la femme et les dépenser comme bon lui semblait, désormais elle a sur une catégorie de biens des pouvoirs presque absolus, elle peut passer une série de contrats journaliers, sous la seule condition, si elle est commerçante, d'avoir l'autorisation générale de son mari de faire le commerce ; et, eût-elle abandonné le domicile conjugal, le mari n'a aucun moyen de lui enlever de son plein gré sa libre administration.

Il pourra, il est vrai (il fallait bien respecter l'autorité du mari en lui laissant des droits suffisants), lui faire retirer cette administration ; mais par le Tribunal ; et encore faudra-t-il qu'il prouve qu'elle a abusé de ses droits par une mauvaise gestion. Dans tout autre cas, du moment qu'elle contribue aux charges du ménage, il sera désarmé : « En

(1) *Revue critique*, 1881, p. 578.

cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'intérêt du ménage...., le mari pourra en faire prononcer le retrait. »

En effet, l'article primitif, tel qu'il avait été rédigé par la commission, basait le droit du mari de faire retirer à sa femme le bénéfice de la loi sur l'abus, sans préciser les cas d'abus. A la demande de M. de Lamarzelle, et malgré le rapporteur qui voulait laisser aux Tribunaux un pouvoir d'appréciation aussi large qu'au cas où la femme demande la séparation de biens ou la séparation de corps, c'est-à-dire englober tous les actes constituant des abus, le terme « abus » fut précisé par l'addition des mots « notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion », ce qui eut pour effet de restreindre le pouvoir discrétionnaire du Tribunal.

L'ensemble de la disposition ne paraît donner que des exemples. Mais, d'après nous, il ne faut pas l'étendre en dehors de ces cas cités ; car si l'on n'avait pas voulu limiter, on eût conservé le texte primitif. Telle a bien été la pensée de la loi de ne pas donner au mari un pouvoir illimité et arbitraire. Le texte final reproduit l'énumération dans le sens d'une précision (1).

Il n'est donc pas douteux que le mari ne saurait, malgré l'intérêt à l'admettre, se prévaloir de la séparation pour faire enlever à la femme ses pouvoirs, que la séparation ait

(1) *Journal officiel*, 15 mai 1907. Séance du 14 mai 1907 ; (Débats parl. Sénat, année 1907, p. 625).

lieu d'un commun accord, qu'elle fût même due exclusivement à la femme.

Il ne faudrait pas cependant s'exagérer l'importance bien-faisante de la loi. Elle aura parfois ce résultat surprenant, nous le verrons, de faire peser sur la femme les charges du ménage (1).

Cette situation semble aussi favorable à première vue aux tiers, puisqu'ils n'auront pas besoin de s'inquiéter de l'état de la femme, mais seulement de sa capacité comme pour tout acte. Celle-ci n'aura pas à justifier, ainsi qu'au temps de vie commune, qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari, puisqu'elle vit séparée. Pourtant il y a un danger : le mari pourrait être intéressé dans ce commerce, diriger l'établissement. La femme qui prend en mains sa gestion, lorsque le mari abandonne le foyer conjugal, ne devient pas pour cela commerçante, nous le verrons ; et cependant aux yeux des tiers elle le paraît. Cela est d'autant plus grave que, pour peu que cette situation se prolonge, des tiers pourraient ignorer son mariage et omettre de lui demander, pour dégager leur responsabilité, l'acte de notoriété ou tout autre mode de justification (conformément à l'article 1^{er}, alinéa 4) ; et dans ce cas l'acte, non autorisé du mari, resterait nul, ainsi que nous l'établirons par la suite.

Dès lors le tiers, sachant la femme mariée, exigera souvent l'intervention maritale, par crainte que le mari n'ait

(1) *V. infra*, p. 132.

supprimé sa capacité spéciale suivant l'article 2 de la loi. Et, d'autre part, traitant avec une femme qui vit seule, séparée de son mari, il y a lieu de craindre que, la croyant encore capable, il ne s'inquiète pas assez de savoir si les biens, objets du contrat, font partie des biens réservés. Dans le doute il vaut mieux qu'il s'abstienne, puisque pour les biens non réservés la femme reste soumise au droit commun. Consent-il à traiter, il s'expose à l'action en nullité, étant donné que les biens réservés seuls auraient répondu de cette dette contractée sans autorisation ; et peut-être n'y en a-t-il pas.

L'on a tendance à admettre qu'il n'y a pas de présomption en faveur des biens réservés. Au contraire, « en cas de contestation la femme devra établir la consistance des biens dont elle a l'administration et la disposition conformément à l'article 4 », c'est-à-dire par « toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par commune renommée ». Preuve en définitive assez difficile à faire, surtout si la femme, en faisant une acquisition, n'a pas indiqué l'origine des deniers. Et d'ailleurs il est permis de se demander si cette indication constituerait une preuve indéniable.

Cependant M. Lalou, dans une note (1), prétend que cet article 4 ne vise que les contestations entre la femme et son mari ou ses ayants droit, autrement dit ceux qui ont intérêt à contester la composition ou l'importance du pécule ; et par

(1) Note dans D. 1910, 2, 281. De cet avis MM. Lecourtois et Surville, *op. cit.*, n^{os}. 44 et 46.

suite, qu'il faut appliquer dans les rapports entre les tiers et la femme l'article 1^{er}. Or, cet article présume que cette dernière traite pour ses biens réservés et est par conséquent capable. De sorte que le tiers serait protégé, du moment que la justification exigée par l'article premier aurait été produite ; la femme serait seule responsable de la fraude, et l'acte resterait inattaquable. Nous nous rangeons de cet avis.

Mais dans cette même note M. Lalou constate que seul l'article 4 est appliqué dans la pratique (1). Ainsi les établissements de crédit exigent l'autorisation du mari si la femme veut vendre les titres représentant les fruits de son activité indépendante ; au contraire, pour un achat ou une ouverture de crédit ils se contentent de l'acte de notoriété.

Cette loi qui nous intéresse dans ses applications nous intéresse autant dans son principe. Elle a amélioré la situation de la femme ; de plus, elle a sapé la base de la puissance maritale. Tandis que la femme touchait auparavant son salaire comme mandataire du mari, elle le touche maintenant de son droit propre et en a la libre disposition. Les lois précédentes, notamment celle de 1881 sur les Caisses d'Épargne, parlaient d'un pouvoir délégué, variable et incertain ; celle-ci consacre résolument le droit propre de l'épouse.

Dès lors l'œuvre de démolition est entamée. On peut pré-

(1) La difficulté a été signalée dans l'Étude de M. Gény, sur « Les Biens réservés de la femme mariée » (*Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1901-1902), p. 333.

voir que ce n'est qu'une étape dans le mouvement actuel en faveur de la femme.

IV. — Code de commerce.

Il est un autre groupe d'actes particulièrement nombreux qui sont permis à la femme en vertu d'une autorisation générale laquelle, donnée une fois pour toutes par le mari, et tant qu'elle n'est pas révoquée par lui, confère à celle-ci une capacité fort importante. Nous voulons parler des actes de commerce faits par la femme commerçante, en son nom à elle et sous sa signature, et des actes qui se rattachent accessoirement à ce commerce.

« La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce », disent en termes identiques l'article 220 du Code civil et l'article 5 du Code de commerce.

En vertu de cette disposition la femme peut acheter, vendre, échanger ses biens meubles et immeubles, hypothéquer ces derniers, sauf, bien entendu l'observation des règles de la dotalité si son régime est le régime dotal, transiger. Elle peut contracter une société avec un tiers (1) et apporter un de ses immeubles dans cette société à titre de mise de fonds (2), donner son fonds de commerce en nantissement

(1) MM. Lyon-Caen et Renault rejettent ce point et M. Planiol (t. I, n° 946) p. 323.

(2) Cass. req., 27 avril 1841 (S. 41, 1, 385).

pour sûreté des dettes contractées par elle dans l'exercice de son commerce (1). La loi lui accorde le droit d'avoir un domicile séparé. Elle peut même, depuis la loi de 1907 (article 6) ester en justice sans autorisation (2), car elle peut exercer toutes actions relatives aux droits qui lui sont reconnus par cette loi, et celle-ci s'applique à toute femme qui travaille, sans exception. Par suite, elle peut compromettre.

La seule condition exigée est que ces actes soient nécessités par les besoins de son commerce, ce qui constitue une question de fait. Elle gère son fonds en pleine indépendance, elle agit sous sa responsabilité sans être soumise au contrôle du mari dont elle n'est pas l'agent d'exécution.

La question qui se pose est celle de savoir si la séparation de fait implique révocation de cette autorisation. En effet, comme la femme ne peut être marchande publique sans le consentement du mari, on est tenté de conclure que ce consentement, fondement de son droit, doit persister, et que si l'autorisation, générale (qui peut au surplus être tacite) dispense des autorisations spéciales, elle n'en est pas moins nécessairement à la base de toute opération. On comprend l'importance du problème ; car les tiers intéressés ici, ce sont les fournisseurs et les acheteurs. Pour le résoudre, examinons la nature de l'autorisation.

La solution va différer suivant qu'on voit dans cette auto-

(1) Cour Paris, 6 juin 1896 (D. 96, 2, 471).

(2) Tribunal de Paix de Nice, 4 mars 1910 (S. 10, 2, 324 — D. 10, 2, 117 et note).

risation générale un mandat, ainsi que l'avait d'abord soutenu M. Thaller, ou qu'on décide qu'à l'égard des tiers la femme est réputée seule commerçante.

Certains présentent la femme autorisée comme mandataire de son mari au même titre que s'il y avait eu procuration, avec cette différence pourtant que la femme commerçante reste tenue en tant que caution. Ils se fondent sur l'article 5, alinéa 4, du Code de commerce ainsi conçu : « La femme oblige son mari s'il y a communauté ». Par suite, ce dernier est tenu comme commerçant au même titre qu'elle, et la communauté l'est du chef du mari de la même manière que s'il avait traité lui-même. Sous le régime dotal il en serait de même dans la mesure où le mari serait appelé à profiter des produits de ce commerce ; par suite, il serait seul tenu si tous les biens de la femme étaient dotaux. Sous le régime sans communauté il serait tenu avec elle, au moins dans le système qui fait profiter le mari des produits du commerce de son épouse (1).

Dès lors on se trouve en présence d'actes faits par la femme en tant que mandataire, en vertu d'un mandat général. Et il y a lieu d'appliquer les règles du mandat : dans les cas où on relèvera la volonté ou la simple intention du mari de ne plus être obligé, on en conclura à l'extinction de ce mandat, par exemple s'il abandonne son épouse ; sauf, bien entendu, l'excuse de la bonne foi que le tiers pourrait faire valoir.

(1) MM. Lyon-Caen et Renault ne partagent pas cette manière de voir.

Mais cette thèse, abandonnée dans la suite par M. Thaller (1), ingénieuse certes, est difficilement soutenable. Ce serait rendre commerçant le mari bien malgré lui. La femme se trouve la première obligée ; elle se comporte en maîtresse, non en mandataire. En conséquence, si le mari est tenu, ce doit être comme commun (2) ; tel est le sens de l'article 5 du Code de commerce, réglant, non une question de principe, mais la contribution définitive à l'opération de la femme, ce qui intéresse le rapport seul des époux. Et sous le régime dotal portant par exemple sur tous les biens à venir, le mari n'est plus tenu que d'une action de *in rem verso* (3), parce qu'il profite alors de tous les produits du négoce, et par application de la règle générale qu'il est toujours tenu dans la mesure où il profite de ces produits.

L'opinion généralement soutenue, et c'est celle de MM. Lyon-Caen et Renault, décide que l'autorisation est une habilitation ayant pour objet de relever la femme de son incapacité. Celle-ci se trouve être dans la même situation que la femme commerçante non mariée ou séparée de corps : Elle a obtenu de par l'assentiment du mari le droit de gérer à sa guise son commerce. On pourrait aller avec raison jusqu'à voir là, bien plutôt une dispense d'autorisation, résultant de l'article 5 du Code de commerce, pour les actes de commerce qu'elle sera appelée journallement à passer,

(1) V. M. Thaller, *Traité de Droit Commercial*, p. 98 et 107. Il fait p. 106 (note 1) amende honorable d'avoir soutenu cette opinion.

(2) V. M. Basset, p. 170.

(3) V. M. Basset, p. 268.

qu'une autorisation générale, puisque la révocation n'est possible que pour des motifs dont les Tribunaux se font juges.

Ce n'est pas sans raison que la loi a dit : la femme peut « sans l'autorisation de son mari, » entendant par là, non plus seulement présumer la volonté du mari mais rendre inutile tout assentiment même tacite de sa part pour ce qui a trait au commerce de son épouse.

Par suite, le mari ne s'oblige plus en vertu de cette autorisation ; et la femme, alors complètement indépendante pour tous les actes de sa profession, agit de son propre chef. Pourquoi n'y pas voir une sorte de commandite dans laquelle le mari serait le bailleur de fonds et la femme l'associée indéfiniment responsable, lorsque les capitaux sont fournis par le mari ? (1) Celui-ci reconnaît que la femme agit dans l'intérêt de la communauté, il donne l'autorisation en sa qualité de chef du ménage. Il sera bien tenu comme caution réelle, comme commanditaire, si l'on veut ; car en abandonnant à son épouse ses droits de jouissance et d'administration, il est appelé à tirer de ce commerce un profit personnel. Elle-même en gérant le commerce fait les affaires de la communauté et du mari. A l'égard des tiers, celui-ci ne coopérant pas à l'entreprise, la femme est seule commerçante.

Peu importe, d'ailleurs, si elle exerce le commerce en son nom, que le mari l'aide à détailler ses marchandises ; il n'est alors en réalité que son mandataire, son auxiliaire. D'où, s'il y a séparation de biens entre eux, les créanciers du mari

(1) V. M. Basset, p. 164.

ne peuvent saisir les objets faisant partie du commerce de la femme (1).

Survienne la séparation de fait. L'épouse va pouvoir continuer comme par le passé l'exercice de son métier. Car quand une personne est relevée de son incapacité il ne dépend pas de la seule volonté de celui qui a levé son incapacité de la faire redevenir incapable : le mineur émancipé fournit la preuve de notre assertion. La séparation n'a pas pour effet d'anéantir les droits acquis de la femme ; qu'elle qu'en soit la cause, en aucun cas elle ne révoque tacitement l'autorisation donnée. Nous allons plus loin ; elle n'est pas à elle seule une juste cause de révocation (2).

Nous voulons dire par là que la révocation de l'autorisation pourra bien être opérée par le mari séparé de sa femme, comme pendant le temps de vie commune. Mais en cas de contestation la justice appréciera si cette révocation ne vient pas à contre-temps ; car il y a ici des résultats à apprécier, les résultats du commerce.

Il en est ainsi, surtout depuis la loi de 1907 : comment en, effet, la femme aurait-elle sur les produits de son travail le droit de disposition que la loi a voulu lui reconnaître, si le mari pouvait à son gré lui retirer la liberté d'exercer son commerce ou sa profession ?

(1) Cour Douai, 9 août 1899, sous Cass. req. 5 novembre 1900 (D. 1901, 1, 463).

(2) Voir sur la révocation MM. Lyon-Caen et Renault, tome I, n° 186.

En outre, jamais cette révocation ne préjudiciera aux droits des tiers (1). Rien, somme toute, que de très normal.

Au surplus, il a été jugé que la révocation de l'autorisation, si elle est publiée par la voie des journaux d'une localité, n'est pas opposable aux tiers qui habitent un lieu où la publication n'a pas été faite, à moins qu'ils n'en aient eu connaissance (2). Ce point est abandonné à l'appréciation des Tribunaux. C'est la meilleure preuve que la jurisprudence n'admet pas de révocation tacite ou *ipso facto*.

Différente serait l'hypothèse d'une femme séparée voulant entreprendre un commerce. Elle fera l'objet d'un chapitre spécial (3).

Tout ce que nous venons de dire doit s'appliquer à la femme autorisée à exercer un métier, une profession. Doctrine et jurisprudence ont étendu les règles à toute profession par identité de motifs, pourvu que cette profession soit bien spécifiée (c'est en ce sens qu'on répute l'autorisation spéciale) (4). Pour chacune des manifestations de son activité indépendante, la femme peut faire toutes dépenses et sous-

(1) Demolombe, tome IV, n° 324.

(2) Cass. req., 23 janvier 1854 (S. 84, 1, 193).

(3) V. *infra*, p. 180.

(4) Si l'autorisation n'est pas restrictive quant au nombre d'engagements que la femme peut contracter, elle n'en est pas moins spéciale *in genere*, ayant en vue uniquement les engagements que cette dernière peut contracter pour l'exploitation de sa profession : Tribunal Seine, 7 mars 1904, sous Cass. req. 11 novembre 1907 (D. 08, 1, 26). — Néanmoins il s'agit, au fond, d'une autorisation générale aussi bien que pour le commerce.

crire tous actes qui se rapportent à l'exécution de sa profession ; elle n'a pas besoin de rapporter une autorisation particulière. Ainsi, couturière, elle pourra prendre telle commande de ses clientes ; employée, elle pourra contracter tel engagement avec une maison de commerce ; autorisée à être actrice, elle pourra signer et contracter tous engagements en rapport avec sa carrière.

Pour se baser sur un argument juridique, on voit quelquefois dans l'industrie de la femme un apport par elle fait à la société conjugale, apport que le mari l'autorise à administrer dans les termes de l'article 223. Cette explication d'un auteur (1), pour être subtile, nous paraît de faible poids ; car l'autorisation, irrévocable, équivaldrait à une modification du régime et à l'abandon par le mari des droits résultant de son autorité, et serait comme telle contraire aux articles 1388 et 1395 du Code civil (2).

Est-ce à dire que l'on doive conclure à la nécessité des autorisations spéciales en notre espèce, pour réserver la faveur des autorisations générales à la femme commerçante seule ? Non. Sans doute le Code de commerce n'est pas applicable ici. Lui, et l'article 223 qui permet à la femme de

(1) M. Abel Durand, *L'autorité maritale et les droits de l'épouse et de la mère*, Thèse Paris, 1902, p. 214.

(2) Voir sur cette question la note de M. Colin dans D. 08, 1, 25 ; — et la note de M. Charmont dans S. 08, 1, 225. Trib. Lyon, 13 mars 1846, (*Le Droit*, 21 mars 1846). — Cour Paris, 30 octobre 1885 (*Pandectes per.*, 86, 2, 12) ; — Cass. req. 11 novembre 1907 (D. 08, 1, 25 et S. 08, 1, 225).

passer librement tous actes d'administration lorsque l'autorisation d'administrer lui a été accordée, sont des textes exceptionnels qui, en conséquence, ne s'étendent pas.

Pourtant un pareil système serait inadmissible ; il aboutirait à une immixtion continuelle du mari dans l'exercice du métier de son épouse et à l'impossibilité pour elle d'exercer la profession. Cela s'aperçoit surtout pour la profession de l'actrice qui a besoin de saisir au passage les occasions qui s'offrent et de pouvoir accepter sans retard les propositions à elle faites ; « les exigences sont incompatibles avec la nécessité de demander dans chaque cas l'autorisation du mari. Au surplus, celui-ci peut toujours révoquer celle qu'il a donnée ».

En second lieu l'argument d'analogie, sur lequel se fondent les auteurs, s'il ajoute quelque chose à la loi, n'en est pas moins un procédé d'interprétation légitime traditionnel, lorsqu'il est fondé sur la logique et l'équité, sur ce besoin d'égalité en vertu duquel « les mêmes situations de fait doivent emporter les mêmes sanctions juridiques » (1).

Et même, l'article 220 entend-il faire une exception au principe de la spécialité de l'autorisation pour les actes concernant un commerce ? Pourquoi cette exception existerait-elle ? Ne peut-on pas, par contre, considérer l'article comme l'application d'un principe général ? D'après Pothier, le mari

(1) M. Gény, *Méthode d'interprétation et Sources du Droit privé positif*, Paris, 1899, n° 165, p. 496. — Et note de M. Charmont dans S. 1908, 1, 225.

ayant donné son consentement au commerce que sa femme exerce est censé avoir donné tacitement (1) son consentement aux dettes qu'elle contracte pour raison de ce commerce dont elles sont une suite nécessaire. De la part du mari, il y a dispense d'autorisations spéciales fondées sur la nécessité, et dont la validité est reconnue par le Code. C'est, non une exception, mais un principe indépendant, d'après lequel une autorisation valablement donnée l'est pour ce qui se rattache directement à l'objet en vue duquel elle a été donnée.

Le doute ne semble plus permis depuis la loi de 1907, qui est venue consacrer notre solution en accordant à la femme tous pouvoirs sur ses biens réservés, au premier rang desquels figure son salaire. Cette loi « a entendu réserver à la femme, du moment où elle exerce une profession séparée, une indépendance aussi complète que possible vis-à-vis de son mari » (2).

V. — Conventions Matrimoniales

Souvent les conventions matrimoniales, et quelquefois au cours du mariage une séparation judiciaire, réservent ou rendent à la femme l'administration de tout ou partie de ses biens personnels.

Signalons rapidement les principaux points intéressants.

(1) L'expression « traitement » doit être rejetée avec soin, car précisément il est reconnu que l'autorisation tacite n'est pas valable.

(2) Note de M. Colin dans D. 1908, 4, 25.

Par contrat de mariage la femme a pu se réserver l'administration ou la jouissance de tout ou partie de ses biens, stipuler qu'elle touchera chaque année sur ses simples quittances une partie de ses revenus pour ses besoins personnels (art. 1534). L'étendue des droits de l'épouse varie selon les conventions contenues au contrat. Tantôt il indique nettement les limites de cette liberté d'action accordée à la femme ; tantôt il est muet sur ce point. Dans ce dernier cas on assimile celle qui s'est réservé l'administration¹ de certains biens à la femme séparée ; et l'on décide que celle qui s'en est réservé la jouissance peut dépenser librement ce qu'elle a touché.

Dans cet ordre d'idées on est d'avis que la femme pourrait aussi se réserver l'administration et la jouissance de ses biens dotaux (1). La stricte application des règles dotales serait pourtant loin de faciliter ce procédé.

La femme a pu aussi, adoptant le régime de séparation de biens, stipuler qu'elle ne contribuerait en rien aux charges du ménage (2), et que, si le mari jouissait de ses biens, ce serait à titre de mandataire chargé de rendre compte et obligé de lui restituer la totalité des revenus perçus (3).

L'épouse séparée de biens judiciairement ou conventionnellement garde l'administration de ses biens propres,

(1) M. Basset, p. 130 et arrêts cités. Voir aux pages suivantes la critique de cette théorie.

(2) L'opinion est unanime à y faire contribuer la femme si les biens du mari étaient insuffisants.

(3) V. article 1577 du C. civ.— Cour Metz, 17 août 1853 S. 59, 2, 49).

meubles et immeubles, et la jouissance de ses revenus (art. 1536 du Code civil). A ce titre (1) elle peut toucher ses revenus et en disposer, faire tous actes nécessaires à l'entretien de ses biens, s'obliger pour les besoins de son administration d'après l'opinion la plus répandue (2), transporter ses créances, convertir des titres nominatifs en titres au porteur, donner mainlevée de saisies ou oppositions, faire des placements mobiliers, donner décharge de ses capitaux mobiliers et mainlevée des hypothèques les garantissant, disposer de tous ses biens meubles et les aliéner à titre onéreux, quel que soit le motif de l'aliénation. Pourtant, depuis un arrêt rendu par la Cour de Paris le 28 juin 1851 (3), la jurisprudence tend à limiter le droit de disposer des meubles aux besoins de l'administration (4). M. Aftalion reconnaît que cette jurisprudence fait œuvre de législateur plutôt que d'interprète. Les circonstances l'ont forcée à modifier la loi et notamment l'article 1449, en étendant aux meubles, dans la mesure où leur aliénation n'est pas nécessitée par l'administration de la femme, l'incapacité d'aliéner les immeubles édictée dans l'alinéa suivant du même article.

La femme mariée sous le régime dotal a, quant à ses biens paraphernaux, c'est-à-dire à tous ceux qui n'ont pas été

(1) Sur l'étendue de son administration et les controverses consulter M. Basset, pp. 59 et suiv. Nous parlons ici des opinions généralement soutenues.

(2) V. M. Planiol, tome III, n° 1456 et auteurs cités.

(3) Rapporté dans S. 51, 2, 327.

(4) V. Aftalion, p. 173 et note 2, ainsi que les arrêts cités.

constitués en dot, des pouvoirs identiques à ceux de la femme séparée de biens, malgré qu'un doute s'élevât sur la possibilité pour elle d'aliéner ses meubles paraphernaux (1).

La séparation de fait reste sans influence dans tous ces cas, à cause de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Autrement, il dépendrait de la volonté des époux de changer leur régime et leur capacité, et nous savons que ce principe de l'immutabilité est absolu.

De plus, relativement à la somme que la femme se réserve parfois le droit de toucher annuellement pour sa toilette ou ses œuvres, par exemple une partie de la rente constituée en dot par ses parents, nous pouvons ajouter qu'elle constitue à son profit une propriété personnelle (2). Dès lors le mari ne saurait s'approprier cette somme malgré la séparation de fait, et il en doit rendre compte.

Mais nous apercevons les différences de condition qui résultent de ces régimes pour la femme. Nous reviendrons sur ce point en donnant un aperçu de la condition de la femme séparée de fait.

(1) V. de Basset, p. 105 et seq. Dans le doute le tiers s'assurera de l'autorisation du mari. Pour les titres au porteur, il est protégé par l'article 2279.

(2) Cass. civ., 16 avril 1867 (D. 67, 4, 224 et S. 67, 4, 252).

SECTION DEUXIÈME

Actes ménagers et d'administration

Nous arrivons maintenant aux actes qui dépassent ceux permis à la femme en vertu d'un droit propre ou de son contrat de mariage. Parmi eux se détache un certain nombre d'opérations courantes qui ont trait à l'entretien du ménage, aux besoins de la femme et des enfants communs : achat de provisions, de linge, de denrées, de vêtements utiles pour l'entretien de la famille ; achat d'objets mobiliers de peu d'importance ; achat de fournitures ; louage de services avec les domestiques ; contrats d'éducation pour les enfants ; règlement des dépenses journalières ; marchés de travaux pour menues réparations (1).

On les groupe sous le nom d'actes ménagers.

Théorie du mandat tacite

Difficulté du problème en cas de séparation de fait.

Si les époux vivent sous le régime de communauté, étant

(1) Sur l'objet et la mesure du mandat domestique, lire M. Binet, p. 70 et suiv.

donné que l'entretien du ménage est précisément à la charge de cette communauté, les dépenses qui le concernent grèvent celle-ci et, par conséquent, le mari lui-même. Usufruitière des propres de l'épouse, il est juste que la communauté soit tenue de toutes les charges du ménage. Et sous les autres régimes, si la femme doit coopérer à ces dépenses, c'est le mari qui se trouve être toujours l'ordonnateur souverain du ménage. Sous la séparation de biens, c'est à lui que doit être versée la part contributive de la femme, consistant en une portion de ses revenus ; sous le régime dotal il perçoit en vue de ces charges des fruits et intérêts de la dot que sa femme lui a abandonnée. D'où il est seul obligé en principe au paiement des fournitures (1).

En tant que chef de la communauté et du ménage, c'est donc lui, non la femme, même si elle en profite, qui se trouve chargé de ce soin d'entretien. Cependant, étant donné que son travail quotidien, ses occupations l'en empêchent souvent, et que ce soin ressortit naturellement du rôle et des attributions de la femme, une théorie, imaginée par les interprètes et qu'on trouve déjà en faveur près des anciens jurisconsultes coutumiers (2) s'est construite qui finalement a triomphé : la femme peut engager le mari, et la communauté en cas d'a-

(1) Cass. civ., 7 juillet 1896 (D. 98, 1, 18).

(2) Cf. Dumoulin. (*Commentarii in antiq. consuet. parisiens.*, titre X, art. 112, 114, n° 3) ; il qualifie la femme de *procuratrix mariti*. Plusieurs auteurs modernes voient dans ce terme l'application bien plus de la *versio in rem quo* du mandat ; ainsi M. Binet, p. 28. — Lebrun, Liv. II, Ch. I, Section III, n° 48. — Merlin, Rép. V°, *aut. marit.*, Section VII, n° 7. — Pothier, VII, n° 49.

doption de ce régime, par les obligations qu'elle contracte sans autorisation pour l'entretien du ménage et ses besoins personnels. Dans ce cas on dit qu'elle agit comme mandataire tacite du mari.

Grâce aux règles de la représentation dans les actes juridiques, le mari abandonne pour ainsi dire entre les mains de son épouse une partie de son autorité, le mandat est une émanation du mari sur qui se transportent les effets de l'activité juridique de la femme. D'où, celle-ci traitant, si, par exemple, elle ne paie pas comptant, c'est lui qui sera tenu et par suite la communauté quand les époux vivent sous ce régime ; contre lui seul pourra être poursuivie l'exécution des obligations contractées en son nom. Et la femme pourra, en renonçant à la communauté ou en opposant le bénéfice d'émolument, se soustraire à la poursuite du créancier, lequel n'aura au surplus jamais action sur ses biens personnels pendant la durée de la communauté.

Ce mandat tacite existe d'ailleurs, il ne faut pas l'oublier, sous tous les régimes, même sous celui de séparation de biens ou de régime dotal ; sous tous les régimes, en effet, il est présumé. Il y a là une application du principe écrit dans l'article 214 du Code civil au titre « Du mariage » (1).

Cette théorie du mandat domestique est, à l'heure actuelle, on peut dire unanimement admise dans la jurisprudence et la doctrine (2).

(1) Voir les articles 1409, 1420, 1530, 1540 et 1549 du Code civil.

(2) Voir Cass. req., 27 janvier 1857 (D. 57, 1, 142). — Tribunal Besançon, 29 novembre 1865 sous Cour Besançon, 25 juillet 1866 (D. 66,

Loin de nous la pensée d'en faire la critique dans cette étude, notamment quant à sa preuve. Certains auteurs la fondent sur l'article 1420 du Code civil (1). Les autres négligent de résoudre la question ou en parlent pour rejeter l'explication des premiers (2). L'article 1420 laisse entière, somme toute, la difficulté touchant à la preuve. Mais comme il ne dépend pas des tiers de se ménager une preuve écrite, ils sont protégés par l'article 1343, alinéa 1 : tout mode de preuve leur est donc ouvert, les magistrats pourront tirer des faits à eux soumis la présomption de mandat tacite.

Constatons d'ailleurs que cette thèse du mandat est « en l'état actuel de notre législation le meilleur expédient capable de procurer à la femme quelque indépendance en matière ménagère, et qu'elle reste au fond acceptable en droit et en logique » lorsque les époux vivent en commun, puisqu'elle

2, 149 et S. 67 2, 48). — Cour Aix, 3 mars 1887 sous Cass. civ., 16 juillet 1889 (D. 91, 1, 158, S. 90, 1, 115). — Tribunal civil Seine, 3 décembre 1895 (D. 96, 2, 132). — Cass. civ., 16 juillet 1896 (D. 98, 1, 18). — Justice de Paix, Paris, 14 avril 1905 (D. 05, 2, 249) : considérations générales intéressantes sur la justification du mandat. — Trib. civ. Seine, 9 juin 1905 (D. 05, 2, 26). — M. Binet, p. 35. — M. Planiol, tome III, n° 1099. — MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, tome I, n° 500. — MM. Aubry et Rau, tome V, § 509, p. 340. — Toullier, tome XII, n° 267. — Demolombe, tome IV, n° 169. — Guillouard, n° 865. — Huc, tome IX, n° 151. — Dalloz, v. *Contrat de mariage*, n° 1005.

(1) Marcadé, tome V, art. 1420, II. — Rodière et Pont, tome II, n° 792. — Note de M. de Loynes dans D. 91, 2, 257. — Tribunal Vouziers, 24 avril 1895, sous Cour Nancy, 16 janvier 1896 (*Gazette Palais*, 96, 1, 322).

(2) M. Binet, p. 39 et seq.

est à la fois conforme au droit (le mandat pouvant être tacite) et à la raison, le mandat s'accordant assez bien avec l'intention présumée du mari.

Survienne la séparation de fait : des difficultés surgissent. Voici la femme tenue de pourvoir à son entretien, à celui de ses enfants s'ils sont avec elle. On comprend les difficultés qu'elle éprouvera si, pour tous les actes passés dans ce but, elle est tenue d'avoir l'autorisation de son mari ou sur son refus celle de justice et si, n'y recourant pas, elle est exposée à voir annuler ces actes par le mari. La situation des tiers ne serait pas moins mauvaise s'ils risquaient de se voir opposer et par la femme et par le mari la nullité de l'opération lorsqu'ils réclameraient le paiement des fournitures par eux consenties.

Les auteurs, qui se sont beaucoup occupés de la question, divergent entre deux opinions principales. Et le plus grand désarroi règne à cet égard dans la jurisprudence désireuse de rendre des décisions équitables, et par suite variant dans ses motifs (souvent formulés de façon obscure et dénués de toute valeur juridique) avec les différents cas qui lui sont soumis, à tel point « la considération des nécessités pratiques en présence desquelles elle se trouve placée joue un rôle prépondérant ! »

Nous tâcherons de mettre un peu d'ordre dans cette matière où chaque auteur apporte son raisonnement, où chaque tribunal base à sa manière le jugement rendu. Nous recherchons d'abord si le mandat tacite subsiste pendant la séparation de fait ; et, si oui, dans quels cas. Pour résoudre ce point nous croyons préférable d'étudier les théories en groupant sous

chacune d'elles les arrêts qui semblent (1) la corroborer, et d'indiquer ensuite les raisons qui militent en faveur de celle que nous aurons adoptée.

Puis nous envisagerons plusieurs systèmes qui ont été imaginés pour sauvegarder les droits des tiers en présence de certains actes d'administration et d'entretien concernant la femme et les enfants : théories de la bonne foi, de l'autorisation tacite, de l'action de *in rem verso*, de l'action oblique de l'article 1166, du droit propre. Nous terminerons par ce dernier système, car la jurisprudence paraît avoir profité de la loi du 13 juillet 1907 qui crée, comme nous l'avons vu, un droit propre au profit de la femme mariée sur son pécule réservé pour l'étendre aux actes ménagers.

Quant aux cas à propos desquels nous aurons conclu qu'il n'y a pas mandat, nous nous trouverons par là même en présence d'actes pour lesquels l'autorisation était nécessaire, donc d'actes nuls pour n'avoir pas été autorisés. Nous les étudierons en même temps que les actes exclus par leur nature de la notion de mandat.

(1) Nous disons « qui semblent », car pour beaucoup on ne voit pas bien à quel système les rattacher : certains vont jusqu'à emprunter plusieurs doctrines.

CHAPITRE PREMIER

LE MANDAT SUBSISTE-T-IL ?

Le mandat tacite subsiste-t-il malgré la séparation de fait ? autrement dit la communauté d'existence est-elle une condition de ce mandat, ou peut-il s'accommoder avec une suspension de la vie commune ?

Nous devons, préalablement à l'examen de la question, faire deux remarques essentielles :

1° Ceux qui admettent l'idée de mandat, toujours ou dans certains cas, ne l'admettent qu'à l'égard des dépenses nécessaires, c'est-à-dire justifiées par la fortune et la situation sociale des époux. Toute dépense contractée par la femme et qui serait excessive serait nulle ou réductible, celle-ci ayant dépassé les limites de son mandat ; car elle ne peut pas obliger le mari au delà de ce qu'il aurait lui-même dépensé (1).

La jurisprudence n'accorde jamais de recours contre le

(1) Guillouard, II, n° 866. — MM Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, tome I, n° 500 et auteurs cités, p. 441, note 2. — M. Binet, p. 78 et seq.

mari qu'autant qu'eu égard à ses ressources pécuniaires et à son état l'engagement n'était pas excessif (1) : « Le caractère exagéré ou non des fournitures commandées par la femme est une question de fait, et doit se résoudre par l'application de chaque espèce (2). » Il est à remarquer que des fournitures de luxes (ainsi de riches toilettes) pourraient engager le mari si elles étaient nécessitées par les hautes relations des époux, le train de maison somptueux qu'ils sont tenus de mener (3).

2° Le mandat, la séparation de fait une fois survenue, s'il subsistait, changerait d'objet : la femme représenterait le mari, non plus pour ce qui concerne les besoins du ménage puisqu'il est dispersé, mais seulement pour ce qui est nécessaire à elle-même et à ses enfants, ce mandat étant limité par ses besoins. Et le nécessaire s'entend, insistons bien, non des choses matérielles absolument indispensables à la vie, mais de ce que comporte modérément la fortune et le rang du mari (4).

Par contre, ce mandat ne permettrait plus seulement à la femme de passer des contrats d'entretien et de subsistance, de disposer des ressources fournies par le mari ou d'engager

(1) Cour Pau, 19 juillet 1823, sous Cass. civ., 14 février 1826. (S. 26, 1, 332). — Cass. req. 13 février 1844 (S. 44, 1, 662). — Tribunal civil, Seine, 14 mai 1890 (*Journal Le Droit*, 17 juin 1890). — Cour Paris, 5 février 1895 (D. 95, 2, 495). L'appréciation est souvent délicate ; nous le reconnaissons.

(2) Dalloz, Rep., V^o, *Mariage*, p. 138, n^o 5177. — Cass., 18 mars 1829 (Pand. pér. 29, 3, 276 — D. 29, 1, 185).

(3) Cour Paris, 18 novembre 1890 (D. 91, 2, 257).

(4) Cour Douai, 13 mai 1846 (S. 47, 2, 24).

ce dernier pour les besoins et dans les limites des besoins du ménage, comme c'était le cas du mandat domestique ; il lui confierait, en outre, le pouvoir de passer des contrats ordinaires pour se procurer des ressources et en disposer. Il s'agirait, au lieu d'un mandat domestique, d'un nouveau mandat tacite, introduit par analogie avec le premier dont il serait pour ainsi dire l'extension.

La délimitation est du reste fort difficile à faire entre les actes ménagers permis à la femme en vertu du mandat domestique et ceux permis en vertu du mandat tacite dont nous parlons. C'est la cause d'un premier désaccord déjà considérable. En plus des actes d'entretien, contrats quotidiens de subsistance, dont c'est l'usage de réserver à la femme l'accomplissement dans les circonstances normales du mariage, les Tribunaux ont été amenés à se prononcer sur une série d'opérations juridiques qu'ils ont fait rentrer dans le cadre de ce mandat tacite.

En vertu d'un mandat tacite la femme pourrait, puisqu'elle ne partage plus le domicile du mari, louer un appartement nécessaire à la famille (1), contracter en vue de se procurer des ressources, toucher sur ses simples quittances les revenus de ses propres (2), affecter à son entretien les revenus de ses biens et des biens de la communauté qu'elle admi-

(1) Cour, Bordeaux, 29 mars 1838 (S. 38, 2, 389).

(2) Cass., 28 décembre 1830 (S. 31, 1, 11). — Tribunal civil Alais, 18 novembre 1859, sous Cour Nîmes, 9 mai 1860 (D. 60, 2, 219. — S. 60, 2, 577).

nistre pour le compte du mari (1), et aliéner des biens communs pour ses besoins de subsistance (2).

N'avons-nous même pas vu un Tribunal (3) aller jusqu'à valider des opérations de Bourse faites par la femme dans un but d'entretien, en la réputant mandataire, et en lui reconnaissant le droit de disposer à son gré des ressources qu'elle avait pu se procurer, alors que cela ne rentrait certes pas dans les besoins immédiats de la femme ? Il s'agissait pourtant, sans nul doute, d'un acte de disposition qu'elle n'aurait pu faire seule durant la communauté d'existence : pour que le mari fût poursuivi, il aurait fallu un mandat explicite de sa part. Ainsi l'a décidé avec raison un arrêt de la Cour de Caen au sujet d'un prêt consenti à la femme par un banquier (4). Au surplus, dans le cas dont nous parlons, les Tribunaux ont peut-être voulu parler d'autorisation tacite, car ils ont plus d'une fois confondu le mandat et l'autorisation tacites. Nous aurons l'occasion de la redire.

Quoi qu'il en soit, revenons à notre question. Nous supposons, bien entendu, que le mari n'a pas expressément révoqué le mandat comme il en a le droit ; la question alors, c'est trop évident, ne se poserait pas.

En doctrine la persistance du mandat, lorsqu'est surve-

(1) Cour Dijon, 13 novembre 1895 (D. 96, 2, 133).

(2) Tribunal Versailles, 16 juillet 1873, sous Cour Paris, 11 mai 1874 (S. 74, 2. 169).

(3) Cour Paris, 5 janvier 1904 (D. 05, 2, 249).

(4) Cour Caen, 18 mars 1853 (Rec. arrêt Caen, 53, 1, 158).

nue la séparation de fait, est controversée. Il existe deux principaux systèmes que nous allons étudier.

I. — Théorie de la persistance du mandat.

A. — La grande majorité des auteurs (1) et un certain nombre d'arrêts, sont d'avis que la révocation tacite du mandat ne résulte pas nécessairement de ce fait que les époux vivent séparés. Ils distinguent suivant que l'obligation alimentaire subsiste ou non à la charge du mari, et maintiennent le mandat au cas et dans la mesure où cette obligation subsiste. Pour eux, le mandat sert à assurer l'exécution pratique de la dette alimentaire, c'en est comme le mode d'exécution : le mari étant responsable de l'exécution de la dette alimentaire est censé donner à la femme les moyens nécessaires pour la réaliser. C'était le principe posé par Dumoulin (2). Or, le mari ne saurait prétendre, de par la seule séparation de fait, qu'il ne doit plus contribuer aux dépenses faites par la femme pour son entretien.

Deux conditions se trouvent exigées pour qu'il y ait encore mandat, c'est-à-dire pour que le mari puisse être poursuivi en exécution des engagements contractés par la femme.

(1) Citons MM. Aubry et Rau, tome V, § 509, p. 340 ; — Marcadé, tome V, art. 1420, II ; — Rodière et Pont, tome II, n° 793 ; — Huc, tome IX, n° 154 ; — Dalloz, Rép. V° *Contrat de Mariage*, n° 1011 et *Supplément*, n° 336 ; — Massé et Vergé sur Zachariæ, tome IV, p. 86, note 20. — Note de M. de Loyues dans D. 91, 2, 257.

(2) *Commentarii*, *op. cit.*, art. 112 et 114.

1. Il faut, en premier lieu, que l'obligation alimentaire subsiste, soit qu'il y ait séparation amiable volontaire à la suite d'une convention expresse ou tacite (et souvent, dans ce cas, le mari confirme l'obligation en s'engageant à fournir une pension à son épouse), soit qu'il y ait abandon de celle-ci à ses propres moyens par le mari la forçant à le quitter, désertant le foyer ou refusant de la recevoir chez lui, soit enfin, à part quelques opinions divergentes, que la femme ait été autorisée à résider séparément au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps (en vertu des articles 236, 238, alinéa 1, et 307, alinéa 1, modifiés par la loi du 18 avril 1886). On admet, en effet, que l'obligation alimentaire du mari n'est pas éteinte dans ce dernier cas ; aussi les auteurs maintiennent-ils généralement la fiction de mandat tacite en faveur de la femme. M. Huc est cependant d'un avis contraire.

2. Et il faut l'inexécution par le mari de cette dette alimentaire. S'il l'exécute volontairement, en servant par exemple à sa femme une pension annuelle suffisante, il n'y a plus de mandat. En s'exécutant il a marqué, par là même, son intention de se mettre à l'abri désormais de toute réclamation de la part de ceux qui auront fait crédit à la femme. Tout se passe alors comme s'il ne devait rien (1), malgré la bonne foi des tiers dont les auteurs ici ne tiennent

(1) Cour Paris, 9 décembre 1895 (D. 96, 2, 133). — Marcadé, tome V, art. 1420, p. 537, note 3 ; — Guillouard, n° 870 ; — Huc, tome IX, n° 154.

aucun compte, sous ce prétexte que les tiers doivent s'assurer de l'état des relations des époux.

On aperçoit surtout la considération pratique qui domine tout le système : on ne pouvait songer, la femme recevant une provision alimentaire pour ses besoins, à lui reconnaître encore la faculté de pourvoir à son entretien aux dépens du mari et de la communauté.

La solution serait la même si, à la suite d'une séparation amiable, les époux avaient fait entre eux le partage « anticipé des biens communs et que la femme eût notoirement la jouissance de sa part de communauté ou seulement les revenus de ses biens personnels : le marchand alors n'aurait probablement suivi que la foi de la femme (1) ».

Il y a désaccord, avons-nous dit, en cas d'instance en divorce. Certains prétendent qu'il n'y a plus mandat même si l'obligation alimentaire subsiste. M. de Loynes en indique la raison. Après avoir dit du mandat qu'il a pour fondement la vie commune (ce qui est exact, comme nous l'établirons plus loin), il exige pour l'extinction du mandat une cessation légale et refuse de voir un mandat dès que cette cessation légale de vie commune se produit, alors que le mariage subsiste peut-être encore. Ainsi pour lui, en cas d'instance en divorce, à partir de l'ordonnance du président autorisant l'époux demandeur à résider séparément de son conjoint, les dépenses deviennent personnelles à la femme si le divorce vient à être prononcé, car ses effets rétroagissent au

(1) Dalloz, *V° Contrat de Mariage*, n° 1012, et *Supplément*, n° 336.

jour de la demande. Dès lors, ces dépenses ne sauraient plus engager le mari : la cohabitation cessant légalement, le mandat n'a plus de fondement (1).

Mais de deux choses l'une : ou l'on admet le maintien du mandat après la séparation de fait comme corrélatif au devoir alimentaire et comme sanction pratique de celui-ci, et on doit alors l'admettre aussi pendant l'instance en divorce, puisque l'obligation alimentaire n'est pas éteinte par cette circonstance ; c'est ce que décide un arrêt de la Cour de Dijon, cassé par la Cour de cassation (2). Ou on lui donne comme base la vie commune, et alors il faut dans tous les cas de séparation, même non légale, le rejeter.

Ainsi il y aurait un lien étroit entre le devoir alimentaire et le maintien du mandat, de sorte que si la femme désertait le foyer conjugal et refusait d'y rentrer malgré la volonté du mari, à moins de faute de ce dernier, ou quittait sans motif le domicile à elle assigné par la justice au cours d'une instance en divorce en séparation de corps, l'obligation alimentaire disparaîtrait à la charge du mari, et par suite aussi le mandat. « La femme a abdiqué sa fonction domestique, le mari est libéré de sa dette envers elle, car l'article 214 du Code civil semble lier l'obligation d'entretien au devoir de

(1) Note de M. de Loynes dans D. 91, 2, 257. En ce sens Cour Paris, 22 novembre 1889 (D. 91, 2, 257). — Cass. civ. 12 janvier 1874 (D. 74, 1, 154). — Huc, tome IX, n° 154.

(2) Cour Dijon, 11 juillet 1872 sous Cass. 12 janvier 1874 (D. 74.1. 154). — Voir aussi Rodière et Pont, tome II, p. 88, note 2. — Dalloz, Rép. v. *Contrat de Mariage*, Supplément, n° 336.

cohabitation (1). » Autrement, donner action aux fournisseurs serait permettre à la femme de prolonger sa résistance aux prescriptions de la loi. Elle s'est placée en dehors des règles du droit commun ; elle ne saurait en avoir le bénéfice.

Dans beaucoup d'arrêts la jurisprudence a adopté cette manière de voir. La dette alimentaire étant une charge de la communauté, le mari peut rester tenu (2) : s'il ne sert pas la pension convenue, il est parfois condamné à en servir les arrérages à sa femme pour qu'elle puisse subvenir aux dépenses qu'elle a faites sous la foi de sa promesse ; c'est valider dans cette mesure les contrats de fournitures (3). Par d'autres arrêts, il est condamné à payer directement les fournitures faites à la femme jusqu'à concurrence de la

(1) Cour Dijon, 24 janvier 1891 (D. 91, 2, 349) : « La femme ne peut s'affranchir de l'obligation qui lui incombe et demander en tout état de cause que le mari exécute celle qui en principe est mise à sa charge. » — M. Planiol dans une note sous cet arrêt distingue avec raison l'obligation d'entretien de l'obligation alimentaire, laquelle peut exister à la charge de la femme et est indépendante de la vie commune.

(2) V. Cour Pau, 19 juillet 1823 sous Cass. civ., 14 février 1826 (S. 26, 1. 332), Cour Bordeaux, 8 juin 1839 (S. 39.2.416). — Cass. req., 13 février 1844 (S. 44.1.662). — Cass. civ., 17 décembre 1901 (D. 03, 1, 153).

(3) Cass. req. 28 décembre 1830 (S. 31, 1, 11 — D. 31, 1, 28). Mais les arrêts décident que la femme comme le tiers cessionnaire des annuités de la pension ne peuvent exiger le paiement de ces annuités en dehors de ce cas de contrat de fournitures : Cour Nîmes, 9 mai 1860 (D. 60, 2, 249 — S. 60, 2, 577). — Note sous D. 60, 2, 249.

somme déterminée par les besoins de subsistance de celle-ci (1).

Mais il y a lieu de remarquer que souvent les décisions sont basées sur d'autres considérations qui, en l'espèce, rendent vraisemblable l'hypothèse d'un mandat donné à la femme par le mari. Ainsi, dans une affaire jugée le 13 novembre 1895 par la Cour de Dijon (2), il y avait eu une procuration générale conférée à la femme lors d'une séparation conventionnelle. Cette procuration fut annulée comme portant atteinte aux lois du mariage et aux conventions matrimoniales (elle eût habilité l'intimée à gérer ses biens personnels pour son compte et dérogé de cette façon aux droits qui appartiennent au mari comme chef). Par contre, elle fut validée comme mandat tacite de gérer et administrer ; car, d'après l'arrêt, le mari a toujours le droit de donner mandat à son épouse d'administrer tout ou partie des biens de la communauté, et ce mandat peut être tacite et s'induire des circonstances.

Les tribunaux ont une tendance si marquée à accorder au tiers un recours contre le mari qu'un arrêt a été jusqu'à condamner un mari, qui avait exactement servi à sa femme la pension promise, à payer en outre les fournitures à elle faites (3).

(1) Cour Dijon, 11 juillet 1872 (D. 73, 2, 215 — S. 73, 2, 104) — Cour Paris, 11 mai 1874, (D. 75, 2, 41 — S. 74, 2, 169) — Justice de Paix Paris, 14 avril 1905 (D. 05, 2, 249).

(2) Dalloz, 96.2.133.

(3) Tribunal Seine, 2 juillet 1887 (Pand. franç. Mariage, 5, 197 ; — *Mon. jud. Lyon*, 25 octobre 1887).

En cas d'instance en divorce ou séparation de corps, la jurisprudence tend aussi à accepter la solution adoptée en doctrine et à maintenir le mandat tacite quand subsiste l'obligation du mari (1) ; bien que parfois elle lui substitue la notion de l'action oblique, en réputant la femme autorisée tacitement et créancière de son mari pour la pension (2).

La théorie que nous venons d'exposer est, bien qu'assez équitable, juridiquement fausse. Dans certains cas il y aura là la base d'une action spéciale contre le mari, l'action de *in rem verso* ; mais le mandat ne peut pas subsister. Il faudrait un rapport étroit entre cette obligation alimentaire et le rôle de l'épouse. Or, d'un côté le mari est tenu de pourvoir à l'entretien du ménage et de la femme, de l'autre la femme remplit ce rôle au nom du mari en se prévalant de lui parce que cette mission revient tout naturellement à elle dans la marche régulière du ménage. En outre, le devoir du mari de pourvoir aux besoins de sa femme, conséquence, nécessaire du mariage, a sa base dans la loi ; au contraire, le mandat de la femme est fondé sur une présomption de volonté (3). Loin de trouver un rapport entre les deux choses, nous leur trouvons des origines différentes, ce qui suffit à écarter toute idée d'influence possible de l'une sur l'autre.

(1) Cass. civ., 12 janvier 1874 (D. 74, 1, 153 — S. 74, 1, 305). Cour Dijon, 11 juillet 1872 (D. 74, 1, 153). — Tribunal Seine, 9 mai 1883, (D. 91, 2, 257) — En sens contraire Tribunal civil Seine, 15 mars 1899 (P. fr. 1900, 2, 262).

(2) Tribunal Versailles, 16 juillet 1873 sous Cour Paris, 11 mai 1874 (D. 75, 2, 41. — S. 74, 2, 169).

(3) M. Aftalion, p. 100.

Quant à dire que le mandat repose aussi sur le devoir imposé au mari de subvenir aux besoins de la famille, nous ne voyons pas comment cela s'accorde avec le principe que le mari est le chef absolu de la communauté et que l'autorité maritale est un principe absolu.

De plus, on ne saurait logiquement admettre une distinction entre les diverses hypothèses de séparation : si on parle de mandat pour y ramener toutes les décisions, il faut en appliquer toutes les règles. Le mandat n'existe plus quand l'obligation alimentaire tombe ou est exécutée, soit ; il ne doit pas exister davantage si le mari est tenu de servir une pension. La femme pourra seulement le faire condamner à servir cette pension. Autrement, comment expliquer en soi-même que le mandat subsiste ici, et non dans le premier cas ? Cela revient à dire que si le mari doit une pension et ne la sert pas volontairement, la femme peut l'engager en accomplissant des actes d'une toute autre nature. Combien le mandat tacite ressemble alors à une voie de contrainte contre le mari ? Pourtant jamais on n'a songé à donner un mandat fictif pour fournir aux besoins de ceux auxquels la loi accorde des aliments.

Enfin reconnaître à la femme séparée le pouvoir d'obliger le mari par les engagements qu'elle contracte avec les fournisseurs, n'est-ce pas sanctionner indirectement les séparations volontaires que la loi frappe d'une nullité absolue ?

M. Aftalion (1) aperçoit une autre explication que nous

(1) V. M. Aftalion, p. 106.

devons indiquer brièvement. Pour lui, la jurisprudence n'est pas loin de reconnaître à la femme un mandat légal ; le mari est présumé, dès le jour du mariage, lui donner la liberté de l'obliger, tant qu'il ne manifeste pas une volonté contraire. Dès lors ce mandat subsiste même après cessation de vie commune, jusqu'à ce qu'il soit révoqué. Seulement cette fiction du mandat présumé du mari lors du mariage n'est guère acceptable : « Affirmer un mandat définitif, ajoute M. Aftalion, pour toute la durée du mariage, c'est en réalité ne plus tenir compte de la volonté réelle du mari, c'est par un détour faire résulter le droit de la femme du mariage lui-même » (1).

Si encore l'équité était respectée ! mais elle l'est si peu que dans certains cas où l'on ne peut admettre le mandat, par exemple si le mari qui doit la pension a fait individuellement aux fournisseurs défense de traiter avec la femme, les auteurs sont obligés d'avoir recours, comme nous le verrons, à l'action de *in rem verso*.

Pour conclure sur ce point, nous ferons observer avec M. Binet que, même en basant le mandat sur l'obligation alimentaire, on est forcé de reconnaître que cette obligation n'entraîne pas nécessairement le mandat, qu'elle le fait seulement présumer et que la présomption doit céder devant les circonstances contraires (2). C'est donc que le devoir alimentaire du mari ne constitue pas à lui seul un fondement

(1) V. M. Aftalion, p. 107.

(2) V. M. Binet, p. 43.

suffisant du mandat domestique. Ce mandat domestique est nécessaire à l'épouse, sans doute ; nous n'avons pas prouvé qu'il fût admissible.

B. — Nous retrouvons cette théorie sous une forme un peu différente dans un jugement de la Cour de Douai (1) : le mari qui tolère l'habitation séparée de la femme reste tenu des fournitures non exagérées. D'où le mandat subsiste en principe ; sauf s'il y a abandon du domicile par la femme, sans raison et contre le gré du mari (2).

On semble distinguer ici plutôt entre les causes de la séparation. Y a-t-il abandon du fait de la femme ou refus par elle de suivre le mari dans son domicile, on admet la révocation tacite. Nous pouvons d'ailleurs nous demander si c'est bien une révocation ; la vérité est qu'on cherche à interdire aux fournisseurs de faire crédit à cette dernière ; « Attendu, dit un jugement, que... l'un des moyens que le mari peut prendre pour forcer la femme à réintégrer le domicile (conjugal), c'est de ne pas lui donner les moyens de vivre au dehors, et qu'il serait déplorable que les fournisseurs puissent, au moyen de l'action qui leur appartiendrait contre le mari, donner à la femme la possibilité de pro-

(1) Cour Douai, 13 mai 1846 (S. 47, 2, 24).

(2) M. de Loynes n'est pas loin d'admettre cette théorie (D. 91, 2, 257). En effet, d'après lui le mandat ne s'éteint que par la cessation légale de la vie commune. Or, ici, le mandat prend fin et cependant la vie commune continue légalement. Il ne donne aucune raison des règles qu'il pose. N'est-ce pas une sorte d'exception qu'il établit contre la femme coupable ? — Un peu en ce sens Aubry et Rau, tome V, 3 509, p. 340.

longer sa résistance aux obligations que la loi du mariage lui impose (1) ». Dans les autres cas le mandat subsiste, car le mari ne peut se fonder sur cette situation fausse qu'est la séparation de fait pour se délier des devoirs que la loi lui impose ; en sorte que le mandat est plus nécessaire encore dans ce cas.

Cette explication est en rapports étroits avec la précédente, au point de se confondre avec elle. Car précisément la femme qui a abandonné le domicile ne peut réclamer à son mari aucune pension alimentaire. même si celui-ci laisse se continuer la séparation de fait ; et, par contre, l'obligation alimentaire subsiste toutes les fois qu'il n'y a pas faute de sa part.

La jurisprudence les confond même. Parfois pourtant on l'a vue refuser l'action contre le mari parce que son époux avait fui le domicile conjugal et qu'elle refusait d'y rentrer malgré la demande du mari (2), et l'accorder dans les cas contraires parce qu'alors le mandat subsiste.

Sous cette forme la théorie est aussi critiquable, car elle a toujours le tort de distinguer. Elle fait dépendre le mandat d'une question de faute ; l'extinction du mandat apparaît comme le châtiment de la faute de la femme, « le moyen

(1) Justice de Paix, Paris, 14 avril 1905 (D. 05, 2, 249).

(2) Pour l'hypothèse de séparation due à la femme, cf. Cour Paris, 5 avril 1875 (S. 75, 2, 299). — Cour Bordeaux, 29 mai 1878 (S. 78, 2, 303). — Cour Paris, 7 mars 1890 (D. 91, 2, 257). — Pour l'hypothèse de séparation volontaire ou due au mari, cf. Cour Douai, 13 mai 1846 (S. 47, 2, 24).

légal, dit Marcadé, de la contraindre à réintégrer le domicile conjugal », et comme le châtiment du tiers a qui on enlève l'action comme s'il avait favorisé l'acte de rébellion de l'épouse à l'autorité conjugale. Guillouard le dit expressément (1), en des termes qui ont été reproduits presque à la lettre par le jugement rapporté plus haut.

On peut même dire qu'il n'y a aucun châtiment pour la femme puisqu'elle n'est pas tenue personnellement, le contrat étant nul ; c'est le tiers seul que l'on se trouve punir de la faute de celle-ci ! C'est là une peine qu'on ne trouve inscrite dans aucune loi.

Et quand cette théorie pose le principe que le mandat (sauf ce cas de faute de l'épouse) subsiste, elle ne le justifie pas. Sans doute, si l'on va jusqu'au fond, on voit qu'elle se ramène à celle qui se base sur l'obligation alimentaire. Nous avons dit qu'il fallait rejeter cette dernière explication.

Comment ne pas remarquer aussi que c'est justement dans le cas d'abandon de la femme par le mari, c'est-à-dire quand on maintient la fiction de mandat, que l'accord de volontés se comprend le moins ! Le mari en vivant séparé de son épouse n'entend-il pas se désintéresser d'elle-même ? Et c'est alors qu'on le répute mandant !...

II. — Théorie de l'Extinction du Mandat.

Certains auteurs, fidèles aux principes rationnels, repoussent la notion de mandat tacite dès que la séparation de fait

(1) Guillouard, n° 869.

est intervenue (1). Toullier, l'un d'eux, cite plusieurs arrêts de Parlements en ce sens (2). Mais il présume qu'en se séparant les époux ont fait des conventions quant à la subsistance de la femme et aux besoins du ménage ; et il ne dit rien du cas où il serait prouvé qu'il n'existe aucune convention de ce genre.

N'était-ce pas la solution de l'ancien droit ? Il semble bien que les dettes de fournitures contractées par la femme séparée de fait ne pouvaient être réclamées au mari. Toutefois, tandis que certains arrêts mettaient ces dettes à la charge de la femme comme dettes personnelles en vertu d'une autorisation tacite (3), d'autres les annulaient même à son égard (4).

Et c'est le seul système logique. L'article 1420, base de toute la discussion, « a pour objet de fixer les effets des obligations contractées par la femme en tant que mandataire du mari ». Ces effets sont déterminés conformément aux principes généraux du mandat ; car, loin, d'y être dérogé au titre « Du contrat de Mariage », l'article 1420 en fait au contraire l'application. Pour admettre une différence quelconque

(1) Nous écartons le cas d'absence. Si le mari s'absente volontairement, il est trop évident que le mandat, loin d'être révoqué, se trouve plutôt justifié ; c'est alors qu'il prend toute sa valeur et son utilité. (MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, tome I, n° 500).

(2) Toullier, tome XII, n° 272.

(3) *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* par M. Denisart, tome II, *Autorisation*, § 2, n° 51.

(4) *Id.* n° 11, arrêt du Châtelet, 27 juillet 1761.

avec le mandat en général, il faudrait une disposition exceptionnelle.

Et la fiction de mandat tacite étant aujourd'hui la seule explication possible du rôle de la femme, il n'est pas douteux que, dans la pensée du Code, le mari est le personnage agissant. Dès lors, si l'on veut respecter les principes du mandat, et l'on est tenu de le faire, aucune considération pratique ne doit être assez forte pour justifier des dérogations au droit commun. Nous avons montré qu'il ne fallait pas distinguer, et nous avons dit que le mandat était sans lien avec l'obligation alimentaire. Essayons de démontrer maintenant qu'il ne saurait jamais y avoir de mandat.

Le grave tort qu'aient eu les auteurs est de n'avoir étudié ce mandat tacite que superficiellement. Il faut aller jusqu'à la base même de la notion de mandat, étudier sa nature, son fondement juridique.

Les dépenses d'entretien sont des dettes de communauté ou du mari, ou mieux des dettes communes aux époux. De par la loi, le mari est chargé de les contracter. Si sa femme cependant les contracte à sa place, c'est comme mandataire tacite ; et cette fiction du mandat a été établie, nous l'avons déjà dit, parce que les soins d'entretien du ménage reviennent tout naturellement à elle.

Ce mandat, indispensable, est fondé sur un consentement tacite, sur un concours de volontés. Mais cet accord tacite de volontés, qui le produit ? Est-ce le mariage ou le fait de la vie commune ? Dans le premier cas, le mariage persistant, le mandat subsisterait.

Or, ce ne peut être le mariage, bien que M. Laurent l'ait prétendu. « Le mandat pouvant être tacite, dit-il, c'est le fait du mariage qui produit le consentement tacite des époux à ce mandat (1) ». Comment ce consentement présumé serait-il une conséquence du mariage, puisque celui-ci a, au contraire, pour effet d'établir la suprématie du mari ? D'ailleurs, M. Laurent revient plus loin sur cette idée en disant : « Le mandat tacite suppose un ménage commun, la véritable vie de famille ». Dès lors, en cas de séparation de fait, il ne saurait y avoir concours de volontés là où les sentiments sont discordants et hostiles (2).

Et, cependant, cela ne l'empêche pas de décider ailleurs, au tome III (3), que, le mariage subsistant en droit après séparation volontaire, le mari reste tenu des charges du mariage, et que si la femme contracte des obligations pour son entretien, elle le fait en vertu du mandat tacite (tant qu'il n'est pas révoqué par le mari). N'attachons pas trop d'importance à cette dernière théorie qui ne concorde pas avec ce qu'il dit au tome XXII ; car il insiste surtout ici pour montrer la différence entre les systèmes du mandat et de l'autorisation tacite en matière de fournitures, et pour rejeter le dernier de ces deux systèmes en indiquant que la femme ne peut être tenue comme autorisée, mais seulement comme mandataire.

Nous comprendrions que la loi assigne à chacun des époux un rôle différent, comme M. Laurent le fait dans son avant-

(1) M. Laurent, tome 22, n° 108.

(2) M. Laurent, tome 22, n° 109.

(3) M. Laurent, tome 3, 124.

projet de Code civil belge (1), la femme étant alors chargée du ménage en vertu d'un mandat légal. Mais ce n'est pas le cas ; notre Code civil est formellement contraire à cette hypothèse d'un mandat légal conféré à l'époux dès la célébration du mariage (2).

D'autre part, un mandat émanant d'une volonté ne repose pas sur un état juridique, il repose sur un fait qui l'implique. Ce fait, ce sera la communauté d'existence, ce seront les relations naturelles et habituelles entre le mari et la femme.

Le mandat, contrat consensuel, est donc fondé sur une présomption de volonté et c'est le fait de la vie commune qui implique cette présomption : le mari, ne pouvant accomplir lui-même tous les actes nécessaires qui sont à sa charge, entend permettre à sa femme, tant qu'il ne révoque pas le mandat en avertissant les tiers, d'exercer son rôle naturel qui est de pourvoir à l'entretien du ménage. Il faut modifier la règle posée par M. de Loynes et dire : « la cohabitation cessant en fait (lui dit : légalement), le mandat n'a plus de fondement ».

Cette présomption, certaine tant que dure l'entente entre les époux, chacun d'eux participant à l'administration du ménage commun, se trouve en défaut dès leur désunion, qu'elle qu'en soit la cause. Hors les rares cas où l'intention

(1) M. Laurent. — *Avant projet de Code civil Belge*, art. 1453 et § 9 sous l'article 1452, tome V, p. 45. Il réserve à la femme le soin de l'administration journalière.

(2) Voir Tribunal de l'Empire d'Allemagne, 13 mai 1898 (S. 01, 4, 3) motifs.

du mari de maintenir le mandat est manifeste, on peut affirmer que du jour de la séparation de fait, le mandat n'a plus de base, car les sentiments deviennent discordants et il y a manifestement une des volontés qui fait défaut.

1. Si le mari abandonne son épouse, ou même se sépare d'elle à la suite d'une convention intervenue entre eux, il marque par là son désintéressement à l'égard de sa femme (1), malgré la situation lamentable qui en résultera pour celle-ci : Quelle probabilité peut-il y avoir alors, écrit un auteur (2), que ce mari qui entend vivre désormais séparé d'elle, et la laisse sans nouvelles et sans ressources, « puisse être considéré comme continuant à lui donner le mandat de contracter en son nom, de le représenter et de l'engager par ses propres actes ? N'a-t-il pas, au contraire, clairement indiqué sa volonté de faire cesser tous rapports de fait, et toutes relations juridiques entre elle et lui », et la laisser libre de pourvoir sous sa seule responsabilité aux besoins de son existence ?

Comment admettre, au surplus, que le mari puisse être considéré comme ayant donné mandat à sa femme d'accomplir des actes, de consentir des obligations dont il ne doit en aucune manière profiter, puisque l'existence commune a pris fin, et que les fournitures à elle faites ne sauraient être

(1) M. Morizot-Thibault, p. 199.

(2) Cf. article de M. Henry Loubers « De l'obligation du mari vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec sa femme séparée de fait » dans la *Revue générale du Droit*, tome XXXIV, année 1910, p. 5-18.

d'aucune utilité pour lui ? Ce ne serait plus un mandat réel, mais une fiction de mandat.

On ne pourrait rencontrer cette volonté chez le mari que s'il intervenait entre les époux une convention formelle aux termes de laquelle il s'engagerait à subvenir aux besoins de la femme au moyen d'une pension ou en lui abandonnant la jouissance d'une partie des biens conjugaux. Dans ce cas nous serions d'accord avec la jurisprudence pour maintenir le mandat, dans cette limite ; car la convention, nulle en principe, n'en manifesterait pas moins l'intention du mari de se laisser engager par la femme dans une certaine mesure. Hors ce cas spécial, on ne peut logiquement admettre la persistance de la présomption du mandat (1).

« Comment, écrit M. Laurent, y aurait-il concours de volontés là où les sentiments sont discordants et hostiles ? (2) » — M. Baudry-Lacantinerie préfère la notion de l'*in rem versio* ou l'action oblique à celle de mandat : « Le mandat tacite n'existe plus, puisqu'il n'y a plus de vie commune (3) ».

M. Planiol lui-même n'est pas éloigné d'accepter cette théorie, puisqu'après avoir indiqué que telle est la force de

(1) V. M. Binet, note dans D. 05, 2, 249.

(2) M. Laurent, tome XXII, n° 109. — En ce sens M. Binet, p. 48. — M. Aftalion, p. 100 — Cour Besançon, 25 juillet 1866 (D. 66, 2, 149 — S. 67, 2, 48) — Tribunal Paix Ivry-sur-Seine, 24 avril 1906 (D. 07, 5, 2). — Riom, 6 août 1895 (D. 96, 2, 280) — Cour Paris, 25 mai 1898 (D. 99, 2, 309).

(3) MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, tome I, nos 503 bis, 504 et 505.

présomption du mandat qu'il dure encore après séparation, il convient que les juges pourraient écarter la réclamation des créanciers, si le fait de séparation était notoire (1). Mais si le mandat subsiste, comment peut-on refuser aux tiers de s'en prévaloir sous prétexte de mauvaise foi? Un contrat devenu nul est parfois opposable aux tiers de bonne foi, un contrat valable n'est pas inopposable à un tiers de mauvaise foi, car il n'y a pas de mauvaise foi à vouloir profiter d'un bénéfice de la loi. Cela revient à dire, en renversant la proposition, que les tiers de bonne foi sont admis à opposer le mandat au mari, par pure considération pour leur bonne foi; ce qui aboutit à conclure que le mandat est devenu en principe inexistant.

2. Si la femme fuit le domicile conjugal, on ne peut prétendre que son intention soit de gérer les affaires du mari; le mandat ici prend fin par la volonté du mandataire. Et comment peut-on dire que de son côté le mari lui laisse encore une partie de son autorité alors qu'il en a un suprême besoin pour faire respecter la puissance maritale? Cette abdication, sans dangers en cas de vie commune, deviendrait, en cas de faute de la femme, certainement contraire à la loi, scrupuleuse à l'excès quant à cette autorité maritale. Ou le mari ne tolère pas la séparation, alors il n'entend certes pas être engagé par son épouse; ou il la tolère, et dans ce cas sa pensée est encore de laisser sa femme en supporter seule la responsabilité.

(1) M. Planiol, tome III, n° 1100.

Il est donc faux de prétendre que le mandat persiste après séparation ; mais, en outre, on peut se demander s'il s'agit toujours réellement d'un mandat engageant le mari sans engager la femme. Nous avons remarqué plus haut que ceux qui admettent sa persistance sont obligés de reconnaître qu'il change d'objet et d'étendue : ayant trait à l'entretien du ménage pendant le temps de cohabitation, il aurait trait alors à l'entretien de la femme et des enfants si elle les a avec elle en cas de séparation de fait. Sur ce point, il ne saurait y avoir de sérieuses difficultés puisqu'il se trouve amoindri.

Nous avons vu aussi que les partisans de la persistance du mandat sont amenés à permettre à la femme une catégorie d'actes l'intéressant personnellement, actes qu'en réalité elle n'eût pu faire en temps normal de vie commune sans être autorisée et qui, l'autorisation accordée, l'eussent engagée directement. Ces actes personnels comme le louage de services, un engagement théâtral, on ne concevrait pas qu'elle les eût passés pour le compte d'autrui ; elle ne pouvait les faire qu'en son propre nom. Comment admettre qu'en les accomplissant, elle va désormais engager le mari ? Par quel mécanisme la séparation de fait va-t-elle reporter la dette de la femme sur le mari ? Si, séparée du fait de ce dernier, elle peut les faire valablement, en réalité il ne faut pas parler de mandat tacite, puisque de toute évidence la femme doit s'engager personnellement et ne peut engager le mari. Il faut plutôt parler d'autorisation tacite, car alors le résultat sera bien d'engager la femme seule. Les conséquences exagérées

auxquelles aboutit ce système fournissent une raison de plus de le condamner.

D'ailleurs, il est à remarquer qu'en parlant à propos de ces actes de mandat tacite, les documents de jurisprudence ne le distinguent pas nettement de l'autorisation tacite ; ils confondent les deux notions et l'on n'est jamais bien sûr que la confusion n'ait pas été faite (1).

Les partisans de la persistance du mandat n'aperçoivent pas quel danger ils font courir au mari. On admet généralement que la femme mandataire n'est pas tenue de rendre compte de sa gestion (2). Si, au cas de vie commune, cela ne présente aucun inconvénient, car le mari peut contrôler ses actes, il n'en est plus de même en cas de séparation de fait, puisqu'il n'est plus auprès d'elle. Or, la preuve de l'abus de mandat ou de détournement n'en est pas moins, d'après les règles, à la charge du mari (3) !

(1) Note sous Cass., 6 août 1878 (D. 79, 9, 400). Voir notamment le Tribunal de Commerce de la Seine, 28 octobre 1904 (*Gaz Trib.* 03, 2^e sem., 2^e partie, p. 138), qui emploie successivement les deux termes. Cette confusion s'explique parce que l'idée principale à laquelle pensaient les juges était la validité de l'acte fait par la femme : mandataire ou autorisée, elle pouvait agir seule. — Ainsi tantôt, alors qu'elle agit pour son compte, ils parlent de mandat (Cass. req., 6 août 1878. D. 79. 1, 400) tantôt, alors qu'elle agit pour le compte du mari, ils la réputent agir en vertu d'une autorisation (Bordeaux, 23 mars 1838, (S. 38, 2, 389) et Cour Paris, 9 décembre 1895 (D. 96, 2, 134).

(2) Ce point est combattu par M. Laurent, tome XXII, nos. 102 et 103.

(3) V. *Pand. françaises*, n° 5225.

On peut enfin se demander si les auteurs et arrêts qui veulent à toute force sanctionner le devoir alimentaire du mari n'ont pas un autre moyen que celui qui consiste à donner aux fournisseurs contre lui l'action née d'un prétendu mandat tacite. Nous examinerons plus loin s'ils ne pourraient pas donner un recours aux tiers dans la limite même de cette obligation alimentaire, en fondant ce recours sur une autre voie de droit ; l'action de *in rem verso* qui répond à cette idée fera l'objet d'un paragraphe spécial.

La conséquence de ce que le mandat n'existe plus est que la femme, pour accomplir valablement l'acte, aurait besoin de l'autorisation maritale ; sans celle-ci, il est nul. Dès lors, les tiers ne peuvent intenter d'action en paiement ni contre le mari, ni contre la femme qui n'a pas été autorisée. De leur côté la femme comme le mari peuvent agir en nullité de l'acte. Dans la troisième section de notre première partie, nous étudierons les divers moyens sur lesquels les tiers peuvent se fonder pour repousser entièrement ou dans une certaine limite l'action en nullité pour défaut d'autorisation exercée par la femme ou le mari. Pour le moment, il nous reste à voir dans quels cas exceptionnels les contrats d'entretien ou de fournitures passés par la femme sont valables, et dans quelle mesure.

CHAPITRE II

RECOURS DES TIERS

Refuser aux tiers, sous le prétexte qu'il n'y a plus de mandat, tout recours contre le mari, aurait au moins ce résultat satisfaisant, en entraînant pour la femme impossibilité de contracter, de forcer les époux à rentrer dans la légalité, soit par une reprise de la vie commune, soit par une instance en divorce ou séparation de corps.

Mais le plus souvent, on se trouve en présence du fait accompli ; il importe de protéger les tiers. Sans être munis d'une protection spéciale, efficace, puisque nous savons que le mandat tacite ne subsiste plus, ils ne sont pas néanmoins, dans l'état actuel du droit, dénuée de toute protection.

I. — Persistance exceptionnelle du Mandat.

Tout d'abord, il est des cas dans lesquels la femme peut encore être réputée mandataire. Dans un jugement que nous avons déjà cité (1), une procuration générale annulée en tant

(1) Cour Dijon, 13 novembre 1895 (D. 96, 2, 133).

que convention de séparation amiable, fut validée comme mandat. C'est, avons-nous ajouté, avec raison : nous fondions en effet le mandat domestique sur une présomption de volonté, ici la volonté était certaine.

La promesse par le mari de servir une pension à son épouse, en se séparant d'elle, et le fait de ne pas la lui servir ne vaut-il pas mandat tacite? Un jugement du Tribunal de Versailles (1) décide que, sans rechercher si un pareil engagement est valable et peut produire effet dans les relations d'un époux avec son conjoint, il n'est pas douteux que la convention comprenne implicitement l'autorisation donnée par le mari à la femme de contracter avec les tiers, ainsi que le mandat (valable tant qu'il n'est pas révoqué) par lui conféré à la femme d'aliéner et d'engager les biens de la communauté jusqu'à concurrence de la somme déterminée par les besoins de la subsistance de l'épouse.

Il faut d'après nous distinguer soigneusement suivant les termes mêmes de cette convention. Le mari a-t-il entendu seulement promettre à sa femme une pension, la convention est nulle ; elle révèle uniquement le chiffre auquel les besoins de cette dernière se trouvent limités. On ne peut trouver dans la promesse de la pension que la volonté du mari de ne plus subvenir aux besoins de la femme sous la forme indirecte du mandat : loin de voir dans la convention la source d'un mandat on y trouve au contraire l'indice de sa révocation.

(1) Tribunal Versailles, 16 juillet 1873, sous Cour Paris, 11 mai 1874 (D. 73.2.41 — S. 74.2.109). — A tort ce tribunal parle aussi d'autorisation et condamne la femme indivisément avec le mari.

Il se peut, par contre, que le mari ait entendu permettre à sa femme de contracter dans les limites de cette pension au cas où il ne la servirait pas lui-même. Il faut alors que cela soit formellement indiqué ; les termes d'un mandat doivent être clairs et précis. Dans ce cas le pacte, nul, vaut comme mandat, car il révèle l'intention du mari. La femme sera mandataire dans les limites de la somme fixée ; pour tout ce qui dépasse ces limites, nous retombons dans les principes généraux.

Est-ce que l'on ne pourrait pourtant pas dire que la convention de séparation étant nulle, la procuration étant faite en vue de cette séparation doit l'être par voie de conséquence, car la condition d'une chose impossible (séparation volontaire) ou illicite est nulle et rend nulle la convention qui en dépend ; d'où la procuration ayant été faite en vue de la séparation volontaire ne saurait produire aucun effet ? La réponse est facile ; cette procuration ne vaut pas comme mandat exprès, elle vaut comme mandat tacite résultant d'un fait : elle est l'expression d'une volonté nette et précise.

1. *Mandats exprès.* — Si le mari pendant le temps de vie commune avait donné mandat exprès à sa femme d'obliger la communauté, la séparation de fait ne suffirait plus ici, selon nous, pour éteindre ce mandat, qu'il soit général ou spécial. Il ne se trouve plus fondé sur un fait qui l'implique, mais sur une volonté ; d'où il faudrait une volonté contraire certaine pour le faire cesser, dans les termes du droit commun.

Ainsi le mari peut donner mandat à sa femme d'admi-

nistrer les biens de la communauté ; c'est pour lui, non un abandon de son droit, mais une délégation (1). Le mari qui a sur les biens de son épouse un pouvoir d'administration peut lui rendre celle-ci au moyen d'un mandat qui lui confère les pouvoirs appartenant à lui-même. Elle les exercera alors au nom du mari. Ce mandat, ne l'oublions pas, ne saurait dépasser, aux termes de l'article 223, l'administration des biens de la femme (2). C'est dans ce sens que fut validée la procuration générale donnée par le mari lors d'une séparation amiable : outre qu'elle fut maintenue comme mandat tacite, elle fut validée comme mandat donné à la femme d'administrer ses propres pour le compte du mari à charge de lui justifier de ses recettes (3).

Nous avons dit que le pouvoir de la femme se fondait sur la volonté du mari. Du moment que la conduite de celui-ci implique le mandat, nous devons l'admettre, tout en rejetant les autres conséquences de cette conduite qui se trouvent être illégales. Dans cette convention il y aura en réalité l'exécution du nouveau *modus vivendi* adopté par les époux. N'importe ; encore une fois nous nous guidons d'après l'intention.

2. *Mandat de la femme d'un mari commerçant.* — Le cas le plus intéressant, où l'on rencontre un mandat exprès,

(1) Cour Orléans, 8 juin 1894 (D. 96.2.334).

(2) D'après M. Baudry-Lacantinerie. — Selon M. Laurent, (tome XXII, p. 114), il faudrait voir dans cet article une autorisation.

(3) Cour Dijon, 13 novembre 1895, (D. 96, 2, 133).

est celui où le mari donne pouvoir à la femme de gérer un fonds de commerce dont elle n'est pas titulaire ; pas plus ici qu'ailleurs la séparation ne suffirait à le détruire, tant que la volonté contraire n'a pas été formellement exprimée de la part du mari.

Il est à remarquer que ces mandats, très fréquents entre époux, ont trait bien plus à l'administration des biens de la famille ou du mari qu'à l'entretien du ménage, et que la femme joue ici le même rôle que jouerait un tiers. Le mari la choisit parce qu'il a confiance en elle, et qu'elle est mieux à même de gérer ces biens. Aussi, si elle doit rendre compte comme tout mandataire ordinaire (encore ce point prête-t-il à controverse) (1), sa gestion est appréciée moins rigoureusement.

Nous devons indiquer deux hypothèses voisines de celle où une femme gère un commerce en vertu d'un mandat exprès de son mari.

a) Il est d'abord des cas où la femme exerce seule le commerce au nom du mari et pour son compte sans procuration expresse : elle va chez les marchands acheter les fournitures, tient la caisse, règle les factures, souscrit des billets à ordre, acquitte les lettres de change tirées sur son mari. Ces billets et lettres sont payés indistinctement par le mari ou par la femme ou par tous deux simultanément. Nous supposons, bien entendu, qu'elle n'est pas commerçante. C'est un

(1) V. Dalloz. 96, 2, 334. — M. Basset a résumé les 3 opinions (p. 276).

cas de mandat tacite. A vrai dire, la Cour de cassation y voit un mandat exprès résultant des actes par lesquels le mari a toujours, jusqu'au procès à elle soumis, ratifié et exécuté les engagements contractés par son épouse (1).

La conséquence est simple : les tiers ont action contre le mari mandant, et non contre la femme puisqu'elle est incapable (2). Si elle avait été capable, ils auraient eu contre elle l'action *utilis institoria*.

b) Plus souvent nous voyons les époux exercer ensemble le commerce. Le nombre des attributs et du rôle de la femme peut alors varier ; et c'est là qu'est la difficulté.

Si elle ne fait que détailler les marchandises de son mari, pas de doute ; elle est une employée, une mandataire (article 220 C. civ.).

S'occupe-t-elle plus activement de la marche des affaires : elle tient par exemple les livres, la caisse, fait la correspondance, signe les factures, en un mot aide son mari dans les opérations de son commerce, on la considère encore, malgré cela, comme la préposée du mari : car l'article 220 du Code civil suppose, pour qu'elle soit marchande publique, qu'elle exerce un commerce séparé, ce qui n'est pas le cas.

Toutefois, si son rôle va jusqu'à être l'égale du mari, lorsqu'elle participe au commerce comme co-propriétaire et comme co-associée, surtout lorsqu'elle a des intérêts distincts, on lui accorde le titre de commerçante.

(1) Cass. req. 25 janvier 1821 (S. 21, 1, 177).

(2) Cass. req. 25 janvier 1821 (S. 21, 1, 177) et Cass. civ., 2 avril 1822 (S. 22, 1, 369).

Enfin nous pourrions citer des circonstances où l'on répute la femme seule commerçante et le mari son employé. Dans ces cas elle se trouve véritablement à la tête de l'exploitation commerciale ; le doute n'est plus permis.

A part la première et la dernière hypothèses, nous devons reconnaître que la distinction, si elle est fondée, entre les cas où la femme reste mandataire (non commerçante) et où elle devient associée (commerçante) est fort subtile. Elle n'est pas impossible à délimiter.

L'article 220 du Code civil et l'article 5 du Code de commerce établissent une présomption de consentement tacite très forte en cas de commerce séparé, et la refusent au simple concours de la femme à la vente au détail des marchandises du commerce de son conjoint. Ces textes touchent aux droits et devoirs respectifs des époux ; par suite, la présomption établie ne doit recevoir aucune extension. Nous voulons dire par là que si la femme n'exerce pas un commerce séparé (1), autrement dit si le commerce est placé sous le nom, la raison et la signature du mari seul inscrit au rôle des patentes, à moins qu'il soit prouvé d'une façon nette et précise qu'elle a des intérêts distincts des siens, elle doit être réputée son mandataire.

A cet égard les Tribunaux nous paraissent mal interpréter

(1) Le commerce séparé s'entend d'un commerce fait au nom de la femme, et auquel le mari reste étranger, de telle façon que les tiers qui ne sont en relations qu'avec la femme soient naturellement portés à la réputer leur obligée personnelle (Dalloz, Rep., V^o *Contrat de Mariage*, n^o 1036).

le sens de nos articles ; ils ont tendance à faire condamner solidairement la femme avec le mari, dès le moment où elle fait habituellement les achats de marchandises nécessaires au commerce de ce dernier (1). Un arrêt de Cassation (2) a jugé que la femme qui ferait ordinairement les acquisitions de marchandises en gros, qui paierait ou recevrait les prix, serait à l'égard des tiers qui traitent exclusivement avec elle l'associée du mari en vertu de sa gestion exclusive du commerce. Dans ce système, l'article 5 du Code de commerce se référerait à la femme qui gère les affaires de son mari, et non à celle qui se livre personnellement à des affaires commerciales de concert avec lui, auquel cas elle ferait le commerce avec son mari. Il faudrait dès lors, en cas de séparation de fait, appliquer strictement les règles de société, la femme continuant à en faire partie.

La Cour de cassation se range plus généralement, avec la plupart des auteurs, à notre avis et considère la femme comme préposée, eût-elle dans l'entreprise commerciale une

(1) Cour Paris, 12 août 1873 (D. Rep. V^o *Commerçant* Suppl. p. 672, note 1) ; — Cass., 27 janvier 1875 (S. 75, 1, 112 ; — D. 75, 1, 297) ; — Cass. civ., 19 janvier 1881 (S. 82, 1, 158 ; — D. 82, 1, 63) — Cour Lyon, 5 février 1881 (S. 82, 2, 256 — D. 81, 2, 192). Cass. civ., 10 mai 1882 (S. 82, 1, 352. — D. 83, 1, 112). Cour Paris, 24 avril 1883 (D. Rep. V^o *Commerçant* Suppl., p. 673, note 2) ; (Cour Bordeaux, 6 novembre 1893 (D. 95, 2, 38). — Aubry et Rau, tome IV, § 472, p. 153, note 71. — Demolombe, tome IV, n^o 199 et seq. — Duranton, tome II, n^o 485. — Dalloz, Rep. V^o *Mandat*, n^o 176. — Dans l'ancien droit, V. Lebrun, Liv. II, Ch. II, Section II, nos. 7 et 9.

(2) Cass. req., 5 mai 1857 (D. 57, 1, 303. — S. 59, 1, 490). En ce sens Tribunal Aix, 11 août 1906 (D. 07, 5, 9).

direction effective, tant qu'il ne ressort pas de toute évidence qu'il y a deux négoce sous le même toit et intérêts séparés, ce dont on se convaincra surtout par la tenue des livres, la correspondance, la nature même du commerce (1).

Dans ces deux hypothèses maintenant délimitées où la femme est mandataire tacite de son mari commerçant, il faudrait en cas de séparation de fait appliquer, selon nous, les règles que nous avons exposées plus haut au sujet du mandat tacite, décider dès lors que la femme n'a plus qualité pour engager le mari, et que les tiers n'auront de recours que s'ils peuvent alléguer leur bonne foi ainsi que nous allons l'établir.

C'est à tort qu'un arrêt (2) a admis la survivance du mandat tacite à la séparation de fait et condamné le mari dans les circonstances suivantes : une femme avait dirigé un fonds d'épicerie en détail adjoint au cours du mariage au fonds principal de commerce de fil en gros de son mari. Sans aucun doute, elle n'était pas marchande publique, car le commerce n'avait d'autre raison ni d'autre signature que celles du mari, les patentes étaient à son nom, il payait les loyers du magasin..... Elle était donc mandataire. Le mari ayant cessé de cohabiter avec elle, elle continua à diriger le fonds. Le mari fut condamné à payer une traite tirée

(1) Pour donner un exemple, nous citerons le cas d'une femme exerçant le métier de modiste tandis que son mari dans un local voisin se livre à l'industrie de mécanicien : Tribunal Commerce Saint-Etienne, 25 juillet 1905 (D. 06, 5, 25).

(2) Cass., req., 1^{er} mars 1826 (S. 26, 1, 323).

sur sa femme, parce que celle-ci était toujours considérée comme mandataire (1).

Reste à savoir si la femme qui, dans ces conditions, continue après la séparation le commerce, n'étant plus mandataire, n'exerce pas dès lors le commerce pour elle seule, comme tacitement autorisée par le fait qu'elle agit au vu et su du mari (2), c'est-à-dire ne devient pas à son tour commerçante. Il faut conclure négativement. Cela se conçoit : Il n'entre pas dans sa pensée de devenir obligée directement vis-à-vis des tiers parce qu'il a plu au mari de la quitter, pas plus qu'il n'entre dans la pensée de ce dernier d'autoriser son épouse à prendre la direction de ce commerce. Aussi, le commerce restant toujours au nom du mari, il faut voir dans l'action de la femme une véritable gestion d'affaires. L'intérêt est assez minime, car en l'occurrence les conséquences de la gestion d'affaires différeront peu de celles que produirait le mandat.

3. *Bonne foi.* — Dans les cas mêmes d'extinction de mandat, si les tiers sont de bonne foi, c'est-à-dire ignorent la situation véritable de la femme, mariée et séparée de fait, ne peuvent-ils pas se prévaloir de l'article 2005 du Code civil et prétendre que l'extinction du mandat ne leur est pas opposable ? La question est des plus obscures à résoudre.

(1) L'arrêt dit en outre que la tolérance du mari vaut autorisation expresse. C'est toujours la même confusion de mots.

(2) Voir *infra*, p. 180, les conditions pour qu'une femme séparée de fait entreprenne un commerce.

M. Binet (1) rejette l'application de l'article 2005 en cette matière du mandat domestique. Pour lui, l'article suppose un mandat consenti ou déjà exécuté, un mandat pour l'extinction duquel il faut une révocation. Or, il ne s'agit ici que d'un mandat présumé, qui, par conséquent, peut être détruit par désaveu sans que les tiers aient besoin d'être avertis. Ce qui revient à dire que ceux-ci doivent toujours s'attendre à un démenti de la part du mari, démenti pouvant résulter des circonstances, entre autres de la séparation de fait. Il ne le dit pas expressément ; c'est cependant la conséquence logique de son système.

Mais M. Binet semble à son tour faire une confusion entre la source et l'extinction du mandat. Oui, le mandat est ici présumé, autrement dit une simple présomption le fait naître sans qu'il soit besoin d'une volonté formelle. Par contre, une fois qu'il existe (et il existe le jour du mariage) il est soumis à toutes les règles du mandat ; l'article 2005, notamment, ayant une portée générale, s'applique à son extinction.

On décide généralement que la révocation tacite du mandat ne nuit aux tiers que s'ils ont été de mauvaise foi, s'ils connaissaient la séparation des époux ou étaient en faute de l'avoir ignorée, si cette séparation était notoire ; et on ajoute qu'on ne peut opposer la disparition du mandat aux tiers de bonne foi, car ils ont alors un droit acquis à compter sur le

(1) M. Binet, p. 99.

mandat du mari (1). Ainsi MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville exceptent des cas d'extinction du mandat les hypothèses où il s'agit de fournisseurs de bonne foi invoquant une erreur excusable et imputable au mari (2), même lorsque la femme a quitté le domicile à elle assigné en cas d'instance en divorce, si les tiers ont considéré la nouvelle résidence de la femme comme domicile conjugal.

La difficulté se trouve reportée ailleurs. Il s'agit de savoir quand ces tiers pourront invoquer leur bonne foi ou une erreur excusable ? D'une part, ils sont obligés de se renseigner sur la capacité de ceux avec qui ils contractent ; et, d'autre part, on ne peut exiger, quant à des dépenses minimales et quotidiennes, que chaque fois les fournisseurs s'en inquiètent.

On en a fait une question de fait très délicate à résoudre.

Voici quelques solutions données par la jurisprudence, à propos des cas où elle admet l'extinction du mandat : si le mari a à s'imputer d'avoir volontairement créé une situation mal définie et confuse ayant aux yeux des tiers les apparences de la vie commune, il reste, dit un arrêt de la Cour de Riom (3), tenu des engagements de sa femme. D'après cet arrêt, et le plus grand nombre de décisions sont dans ce

(1) Note de M. de Loynes dans D. 1891, 2, 257.

(2) MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, tome I, nos 503 bis, et 504.

(3) Cour Riom, 6 août 1895 (D. 96.2.280).

sens (1), les tiers ne semblent pas tenus de se renseigner sur le *modus vivendi* des époux, puisqu'ils continuent à avoir action contre le mari. Le mandat n'est révoqué à leur égard que si le mari prouve qu'ils ont eu connaissance de la séparation de fait, ou qu'ils ont été à même de la connaître, car la bonne foi est toujours présumée (art. 2268).

De là à reconnaître formellement que les tiers sont présumés de bonne foi, il n'y a qu'un pas. Un arrêt de la Cour de Paris (2) l'a franchi : s'il refuse l'action contre le mari, c'est uniquement parce qu'il est prouvé que le tiers était au courant de la séparation de fait. En ce sens a statué le Tribunal de Besançon (3) : les tiers de bonne foi ont action contre le mari, alors même que des insertions dans un journal ont été faites ; ce qui indique que, pour que le mari soit protégé contre les tiers et que la révocation tacite leur soit opposable, il devrait faire à chacun d'eux un avertissement direct.

Tout autre est un arrêt de la Cour de Besançon (4) : les tiers n'ont plus d'action, car le mandat cesse de par la séparation ; c'était à eux à se renseigner. Ils sont tenus de con-

(1) V. notamment ; Cour Douai, 13 mai 1846 (S. 47, 2, 24 — D. 47, 2.60). — Tribunal Besançon, 29 novembre 1865, sous Cour Besançon, 25 juillet 1866 (D. 66, 2, 149 — S. 67, 2, 48), jugement réformé en appel. — Tribunal Seine, 17 juin 1893 (*Gaz Palais*, 93, 2, 232) — Cour Paris, 25 mai 1898 (D. 99, 2, 309).

(2) Cour Paris, 25 mai 1898 (D. 99.2.309).

(3) Tribunal Besançon, 25 novembre 1865, sous cour Besançon, 25 juillet 1866 (D. 66, 2, 149 — S. 67, 2, 48) — De même Aubry et Rau tome V, § 509, p. 341. — Demolombe tome IV, n° 170. — Marcadé, tome V, art. 1420, II.

(4) Cour Besançon, 25 juillet 1866 (D. 66, 2, 150 — S. 67, 2, 48).

naître la condition des personnes à qui ils font des fournitures à crédit. Le Tribunal de la Seine (1) a refusé, lui aussi, l'action à un fournisseur, parce qu'il avait livré les marchandises ailleurs qu'au domicile conjugal ; le jugement semblait en conclure que le tiers connaissait ainsi la séparation de fait. Un jugement du Tribunal de l'Empire d'Allemagne (2) dit que, lorsque le mandat s'éteint, spécialement si une pension est servie par le mari, ni lui ni la communauté ne sont plus obligés par les actes de la femme, même vis-à-vis des tiers auxquels le mari n'a pas fait connaître l'état de ses relations avec son épouse.

Et, chose singulière, un arrêt (3), malgré la révocation du mandat, le maintient, pour des raisons de convenance il est vrai : le mandat avait été révoqué par des notifications individuelles ; le tiers put forcer le mari à payer, les convenances et l'humanité prescrivant à ce tiers d'user de ménagements à l'égard de la femme.

Nous le constatons, ces arrêts s'écartent de la solution que nous avons donnée comme étant celle couramment admise. Certains auteurs (4) ne tiennent non plus aucun compte de la bonne foi des fournisseurs dans les cas où ils admettent l'extinction du mandat. A leur point de vue les prescriptions

(1) Tribunal Seine, 14 mars 1889 sous Cour Paris, 7 mars 1890 (D. 91, 2, 257).

(2) Tribunal Allemagne, 13 mai 1898 (S. 1901.4.3). En ce sens Trib. Lyon, 7 décembre 1901, (Pand. pér. 1903, 2, 305).

(3) Cour Dijon, 11 juillet 1872 (D. 73, 2, 215).

(4) Rodière et Pont, tome II, n° 793. — Guillaud, n° 870.

de l'article 214 du Code civil sont tellement d'ordre public que la bonne foi des tiers ne saurait être prise en considération (1). Et ces derniers sont en faute pour ne pas s'être renseignés complètement sur la condition de la personne à laquelle ils ont fait crédit ; dès lors ils ne sauraient avoir d'action directe contre le mari. Le droit de celui-ci de forcer la femme à réintégrer le domicile conjugal en lui refusant des aliments passe avant la bonne foi des tiers (2).

Nous remarquons immédiatement que ce système est de nature à préjudicier considérablement aux droits des tiers, puisqu'il les force pour la plus minime fourniture à se renseigner chaque fois qu'ils font crédit à la femme, et, de plus, aux droits des époux, car la femme doit étaler à chaque instant l'état de ses relations avec son mari.

Et combien ces auteurs sont en désaccord avec eux-mêmes ! L'on admet que le mari, qui, en cas de vie commune, veut révoquer le mandat, est obligé d'avertir les tiers ; et en cas de séparation de fait cela n'est plus nécessaire. Pourquoi cette différence ? L'objection, que le tiers est tenu de se renseigner quand il contracte, a pour but de faire écarter l'excuse de sa bonne foi ; c'est une objection que l'on pourrait aussi bien et aussi logiquement faire dans le cas de vie commune. Or, nous avons l'article 2005 qui est formel. Faut-il arriver à dire que cet article vise seulement la révocation expresse ? Il serait permis alors de se demander pourquoi la

(1) Dalloz, v. *Contrat de Mariage*, n° 1010.

(2) Rodière et Pont, tome II, n° 793.

justice, si stricte tant que dure la vie commune, puisqu'elle exige, pour que le mandat soit révoqué, des notifications individuelles, se montre-t-elle moins protectrice des tiers lorsqu'on se trouve en présence de l'état illégal qu'est la séparation de fait, et considère-t-elle uniquement la situation des époux.

Le système de Rodière et Pont conduit à un résultat bizarre. Si la séparation est due à la femme, il n'y a plus de mandat et les tiers ne sont pas protégés contre l'action du mari (n° 793). Si la séparation est due à celui-ci, ou est conventionnelle, le mandat subsiste. Mais le mari peut (n° 796) le révoquer par des notifications individuelles (les insertions dans un journal ne suffisant pas) ; la femme est alors sacrifiée. S'ils admettent la persistance du mandat en se fondant sur l'obligation alimentaire, pourquoi donner au mari le moyen de s'en décharger ? Dans le premier cas les tiers sont sacrifiés ; dans le second, si leurs droits sont sauvegardés, la femme est sacrifiée à son tour.

Il nous reste à justifier le système qui admet les tiers à se prévaloir de leur bonne foi. Deux cas peuvent se présenter qu'il importe de distinguer soigneusement.

1. Le tiers ignore la séparation. L'épouse passe avec son fournisseur habituel un contrat de fournitures : or, son mari vient de l'abandonner ou il est convenu qu'ils vivront à l'avenir chacun de leur côté. Le mandat, comme nous l'avons vu dans le système que nous soutenons, n'existe plus. Le tiers prétendra, en s'adressant au mari, que la femme était toujours à ses yeux mandataire. Sa bonne foi doit être assez

largement admise. Faut-il aller jusqu'à la présumer comme le font certains arrêts? Ce serait rendre l'action du mari irrecevable la plupart du temps.

Parfois le mari, en présence de cette situation, ne manque pas de faire insérer, dans les journaux de la localité, une note aux termes de laquelle il déclare qu'il refusera de payer les dettes que contractera désormais sa femme. Nous avons dit que cette note était jugée insuffisante; à moins que le mari ne prouve que le tiers l'a connue, ce qui lui sera fort difficile. Les fournisseurs peuvent toujours alléguer qu'ils ne l'ont pas lue.

Exiger, comme le font plusieurs arrêts et quelques auteurs, pour que le mari fût à l'abri de toute réclamation des tiers, des notifications individuelles aux fournisseurs apparaît rigoureux dans bien des cas. Un avis par lettre recommandée suffirait amplement, sans qu'il soit besoin d'exploit d'huissier.

S'il y a faute du mari ou simplement séparation volontaire, le fait qu'il resterait tenu pour n'avoir pas notifié la révocation tacite du mandat n'aurait rien de choquant; d'autant plus que c'est pour satisfaire à l'équité que, dans les cas dont nous parlons, arrêts et doctrine ont imaginé d'admettre la survivance du mandat en le faisant dépendre de l'obligation alimentaire. Mais si la femme s'est enfuie du domicile, exiger cette même formalité aboutit à renverser les rôles en mettant à la charge du mari la preuve de la mauvaise foi du tiers; parce que sa femme est en faute, il serait encore tenu

d'exécuter les contrats qu'elle passe avec les tiers présumés de bonne foi !

Nous apercevons la lacune qui existe à cet égard dans notre législation. Ne vaudrait-il pas mieux que celle-ci reconnaisse franchement à la femme mariée le droit de passer des contrats pour son entretien, et qu'elle n'autorise que les révocations individuellement notifiées ; mieux, qu'elle aille jusqu'à empêcher le mari de révoquer les pouvoirs propres de la femme ? Une disposition semblable, utile en premier lieu à celle-ci, sauvegarderait les droits des tiers et éviterait toute contestation.

Il n'en reste pas moins que dans l'état actuel, la seule solution admissible est de laisser aux juges le soin d'apprécier les faits selon les circonstances, et avec beaucoup de prudence. Ils écarteront la réclamation du créancier si le fait de la séparation est notoire, ils décideront si l'erreur du tiers est excusable et exempte d'imprudence. Ainsi, comme le décide Marcadé (1), si dans une grande ville on ne peut exiger que les fournisseurs lisent tous les journaux, dans une petite ville l'insertion dans le journal, pour une maison très connue, pourra être jugée suffisante ; la renommée suffira parfois à elle seule.

Il ne faut pas oublier non plus que la bonne foi se présume beaucoup plus facilement s'il s'agit d'objets de première nécessité que d'objets de luxe, pour lesquels d'ailleurs la femme se trouverait excéder souvent le mandat s'il existait.

(1) Marcadé, tome V, art. 1420, II.

Remarquons qu'avec le système des notifications individuelles, le mari préviendra seulement les fournisseurs attitrés, et restera mandataire vis-à-vis des autres auxquels la femme ne manquera pas de recourir si les premiers sont avertis et refusent de lui faire crédit. Et pourtant il semble bien que ceux-là, moins habitués à traiter avec la femme, soient moins excusables et soient tenus davantage de se renseigner. On est ramené à chaque pas à une question de fait.

2. Toute autre serait la situation du tiers qui aurait consenti des fournitures à une femme séparée sans avoir l'autorisation du mari, parce qu'il la croyait libre, c'est-à-dire non mariée. Le seul fait de sa bonne foi ne suffirait nullement à lui assurer un recours contre le mari. Le mandat n'existe plus ; on peut réellement lui reprocher de ne pas s'être renseigné sur l'état de la femme ; sa bonne foi n'a plus ici l'excuse de la vie commune.

Combien sont sujets à critique ces jugements qui décident que l'insertion dans un journal d'une révocation de mandat par le mari n'est pas opposable aux fournisseurs d'une localité nouvelle où la femme vient se fixer après séparation ! Ces jugements ne s'aperçoivent pas qu'ici les tiers doivent s'inquiéter de la capacité de la femme.

Sans recours contre le mari, ils n'auront non plus en principe aucun recours contre la femme qui se trouve incapable : à moins qu'elle ne les ait trompés sur sa qualité. C'est un point que nous traiterons plus loin, à propos des actes pour lesquels l'autorisation maritale est nécessaire.

II. — Autorisation tacite.

Une explication, très en faveur dans certains arrêts, permettant de valider les contrats d'entretien passés par la femme séparée de fait, est l'explication par l'idée d'autorisation tacite. Mais par ce moyen la femme, au lieu d'être la mandataire de son mari, devient capable et s'oblige personnellement sans obliger celui-ci.

Voici comment on raisonne : « En se séparant de son époux ou en consentant à ce qu'elle ne vive plus sous son toit, le mari lui donne par avance une autorisation tacite et générale pour passer tous les actes nécessaires à son existence et à celle de ses enfants qui vivent avec elle. » Cette présomption d'autorisation est plus en rapport que celle de mandat avec les intentions vraisemblables du mari, d'autant mieux qu'il ne se trouve pas tenu au paiement des dettes de son épouse.

On peut concevoir qu'en laissant à sa femme le soin de pourvoir désormais à ses besoins, il soit censé lui accorder implicitement les autorisations requises pour qu'elle se procure des ressources et en dispose. S'il s'abstient d'exercer sa puissance maritale qu'il a toujours le droit de reprendre, car il ne peut y renoncer, c'est qu'il approuve et autorise (1).

Cette intention du mari n'est-elle pas assez clairement indiquée lorsque la séparation s'accompagne d'une conven-

(1) Note de M. Binet dans D. 05, 2, 249.

tion aux termes de laquelle il consent à servir à son épouse une pension suffisante pour son entretien et celui de ses enfants, ou lui abandonne certains biens dont elle percevra les revenus. Il révèle par là en même temps que son intention d'être engagé personnellement jusqu'à concurrence de la pension s'il ne la sert pas, sa volonté de ne plus être obligé pour sa femme au delà du montant de cette pension. Et pour cela, ajoute-t-on, il faut admettre qu'il l'autorise tacitement et d'une façon générale.

En tous cas, il est nécessaire que la femme vive et en conséquence qu'elle puisse conclure les actes qui doivent assurer sa subsistance, sans qu'elle soit obligée de recourir à une autorisation qu'il serait difficile d'obtenir, aussi bien de la justice (1) que du mari. « Ainsi cette autorisation matrimoniale qu'on entend strictement quand les époux vivent ensemble, on l'apprécie largement en cas de séparation de fait ». « L'incapacité de la femme mariée, a écrit M. Gény, arbitraire dans son principe, artificielle par son organisation, doit céder en présence d'un devoir juridique qui s'impose à la femme et avec lequel elle soit incompatible (2). »

D'autre part, si la femme a abandonné le mari, la présomption ne se justifie plus ; il est censé, au contraire, lui refuser son autorisation pour la forcer à reprendre sa place au foyer

(1) D'ailleurs l'autorisation de justice ne peut jamais être obtenue qu'après que le mari a été sollicité d'accorder la sienne et qu'il s'y est refusé.

(2) M. Gény, Préface au livre de M. Binet, *La femme dans le ménage*, p. 21.

conjugal. On aperçoit toujours ce besoin de donner satisfaction à l'équité : les règles du droit cèdent devant les considérations de fait.

D'après deux arrêts (1), l'un de la Cour de cassation, l'autre de la Cour de Paris, la femme dans notre ancien droit, aurait été dispensée d'autorisation pour les dépenses concernant son entretien et celui de sa maison, et proportionnées à son rang. Certains commentateurs des coutumes paraissent bien l'avoir admis.

Ainsi Claude de Farrière (2) dit que la femme est parfois dispensée d'autorisation, notamment « quand il s'agit de sa nourriture et de celle de son mari, de ses enfants et de ses père et mère, et pour ses vêtements au cas que son mari ne lui en donne pas et qu'ils soient proportionnés à son état et à sa condition ». Pour Tronçon, commentateur cité par Lebrun, les princesses, duchesses et autres femmes que leur rang élève au-dessus du commun, auraient été dispensées seules de l'autorisation du mari « pour choses qui vont à la dépense de leur maison, de leur équipage, de leurs ameublements, de leurs habillements ».

Lebrun combat formellement cette exception établie en faveur des femmes de rang élevé ; car « les Coutumes sont une loi générale qui ne connaît d'autres exceptions que celles

(1) Cass., 7 novembre 1820 (D. Rép. V^o *Contrat de Mariage*, n^o 1006, note 1, S. 24, 4, 248). — Cour Paris, 1^{er} mai 1823, (D. Rép. V^o *Contrat de Mariage*, n^o 1007, note 2).

(2) *Nouveau Commentaire sur la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris, 1770. Tome II, p. 58.

qu'elle a admises (1) ». Quant à la dispense d'autorisation dont parlait Claude de Farrière, Lebrun ajoute : « Qu'il s'agisse de bourgeoises ou de femmes de qualité, les contrats qu'elles passent sont également nuls si elles ne sont autorisées. Et puisque la Coutume ne distingue pas entre les obligations qui ont pour cause la dépense des maisons ou autres choses, la distinction qu'on voudrait en faire est frivole (2) ».

Telle est bien, au fond, l'opinion courante dans l'ancien droit, car elle est corroborée par deux arrêts de la grande Chambre, l'un du 27 juillet 1761, confirmant une sentence du Châtelet du 11 mars 1761, l'autre du 8 janvier 1762, réformant une sentence du Châtelet du 31 juillet 1760 (3). Ces deux arrêts, visant des cas de séparation entre époux, nous intéressent. « La femme, dit le premier, ne peut valablement s'engager sans l'autorisation de son mari, même pour les fournitures de sa maison, quoique ses engagements ne fussent pas excessifs. » — « La femme ne peut rien faire sans être autorisée de lui », dit le second.

Ce qu'on admettait alors, c'était un mandat tacite.

Nous devons dire que peu d'auteurs sont favorables à cette théorie de l'autorisation tacite : MM. Aubry et Rau, Josserand, Hémarid et Labbé seuls y adhèrent formellement.

M. Planiol (4), comme nous le dirons plus loin, excepte les

(1) Lebrun, Livre II, Chapitre I, Section III, n° 42.

(2) Lebrun, Livre II, Chapitre I, Section III, n° 42.

(3) Nouveau Denizart, tome II, v° *Autorisation*, § 2, n° 11.

(4) M. Planiol, tome I, n° 938.

actes de moindre importance, notamment les achats de fouritures, de la nécessité de cette autorisation.

Pour M. de Loynes le mandat ne cesse que quand la vie commune cesse légalement, ce qui se produit au cours d'une instance en divorce. Mais alors à partir de ce moment la femme devient débitrice personnelle (1). La raison en est pour lui que le jugement qui prononce le divorce ou la séparation de corps rétroagit dans ses effets au jour de la demande (2). Cela est vrai sans nul doute dans les rapports des époux, mais à l'égard des tiers la femme doit jusqu'au jugement rester une incapable. En outre, il restreint, ainsi que certains arrêts, l'autorisation aux dépenses proportionnées à la situation de la femme. Si l'engagement dépassait cette mesure, les Tribunaux seraient, à son avis, compétents pour le réduire. Il en arrive par ce moyen à admettre une obligation comme valable seulement si la femme peut l'exécuter.

Les arrêts ne se font pas faute de recourir au système de l'autorisation pour les actes ménagers. Les Tribunaux reconnaissent sans difficulté à la femme le droit de s'engager per-

(1) Ce n'est que dans ce cas qu'il parle d'autorisation ; dans les autres hypothèses, le mandat ne cesse pas.

(2) V. pour plus de détails, note de M. de Loynes dans D. 91, 2, 257. Il y est notamment écrit : « La femme nous semble habilitée à consentir ces actes (administration de son patrimoine) ». — « En décidant que les époux auront une résidence distincte, en fixant pour la femme le lieu de cette résidence, ce magistrat l'autorise par cela même à faire toutes les dépenses que peuvent nécessiter la tenue de son ménage et son entretien personnel, pourvu qu'elles soient proportionnées à sa situation ».

sonnellement pour ses actes d'entretien lorsque, pendant une instance, elle a été autorisée judiciairement à avoir une résidence distincte et séparée, si le mari ne subvient pas aux dépenses (1). En cela ils sont d'accord avec M. de Loynes.

De même, quand l'épouse est abandonnée de son mari, ils recourent principalement à ce système, s'il s'agit d'actes plus importants pour lesquels l'explication par le mandat domestique serait manifestement contraire à l'équité, car on ne concevrait pas que le mari fût partie au contrat et comme tel tenu. En conséquence, celui qui abandonne sa femme et consent à ce qu'elle vive séparée de lui l'autorise implicitement à louer un appartement pour son habitation particulière (2), à contracter un engagement théâtral (3), à louer ses services et son industrie pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants du moment où l'engagement n'excède pas les bornes d'une sage administration (4), à faire même des opérations

(1) V. Tribunal Versailles, 16 juillet 1873 sans Cour Paris, 11 mai 1874 (D. 75, 2, 41. — S. 74, 2, 169). — Cours Poitiers, 23 décembre 1889 (D. 90, 2, 359). — Note de M. de Loynes, D. 91, 2, 257.

(2) Cour Paris, 23 février 1849 (D. 49, 2, 135. — S. 49, 2, 145). Le bail, aux termes de cet arrêt, ne peut être fait pour un temps indéterminé; autrement dit, il ne peut être que provisoire comme l'état de séparation lui-même et en rapport avec les ressources pécuniaires de la femme. — Dans le même sens, Cour Paris, 9 juin 1857 (S. 57, 2, 755). En sens contraire, Cass., civ., 15 juin 1842 (S. 42, 1, 839).

(3) Cour Paris, 23 août 1851 (D. 52, 2, 10. — S. 51, 2, 517).

(4) Cass. req., 6 août 1878 (D. 79, 1, 400 — S. 79, 1, 65). Ce jugement confond totalement le mandat et l'autorisation tacites : la femme se trouve autorisée en vertu d'un mandat tacite. La confusion est

de Bourse (1). Un arrêt dit que la femme peut être tacitement autorisée à ester en justice (2). Il faut avouer que la Cour de cassation a, à maintes reprises, rejeté cette théorie comme inadmissible.

Deux arrêts anciens, que nous avons cités plus haut, vont jusqu'à prétendre que dans l'ancien droit la femme était dispensée d'autorisation, et qu'il doit en être de même sous l'empire du Code civil. Mai nous avons vu qu'au contraire l'opinion courante des anciens jurisconsultes était que la femme devait être autorisée. C'est ce qui explique pourquoi notre jurisprudence substitua de bonne heure à ce système de la dispense d'autorisation celui d'autorisation tacite.

Il n'en faut pas moins, d'accord avec la grande majorité des auteurs, rejeter cette explication ; car elle est en contradiction avec deux règles primordiales de notre droit : l'autorisation ne peut être générale ; elle ne peut être tacite.

1. En premier lieu l'autorisation, loin de pouvoir s'appliquer à toute une catégorie d'actes à accomplir pendant une période plus ou moins longue, doit être précise et ne peut avoir d'effet que pour un acte juridique déterminé. En effet, elle ne peut atteindre son but que si, d'une part, le mari prend connaissance de chaque acte avant de l'autoriser et si,

certaine, car l'arrêt répute la femme obligée par son louage de services. Or, puisqu'un mandataire ne s'oblige pas, elle ne peut être obligée que comme autorisée. Et il s'agit bien ici d'un acte juridique intéressant les droits de la femme.

(1) Tribunal Commerce de la Seine, 8 juillet 1903 (D. 05, 2, 249).

(2) Cass. crim., 29 juin 1893 (D. 95, 4, 463).

d'autre part, la femme le consulte chaque fois qu'elle se trouve vouloir contracter.

Les articles 223 et 4538 du Code civil consacrent ce principe et c'est là une solution admise depuis longtemps par la jurisprudence (1).

Une exception existe bien pour la femme commerçante, et par extension pour celle qui exerce une profession ; mais elle se justifie, car la célérité avec laquelle se font les actes de commerce ne permettrait pas à la femme de requérir l'autorisation pour chacune des opérations qu'exigerait l'exercice de ce commerce.

Parfois aussi on a vu dans l'article 223 la reconnaissance d'une autorisation générale : la femme peut avoir, soit par contrat de mariage, soit postérieurement au mariage, l'administration de ses biens. Il y a là pour elle dans le premier cas une réserve, une dispense d'autorisation (2) et c'est une conséquence de la libre adoption du régime matrimonial sous lequel veulent vivre les futurs époux ; dans le second cas il s'agit d'un mandat bien plutôt que d'une autorisation générale (3), malgré les termes de l'article 223.

Une autorisation relèverait l'épouse de son incapacité. Or,

(1) Voir Cass. civ., 4 juillet 1888 (D. 89, 1, 357). Cass. civ., 16 mars 1898 (D. 98, 1, 214). — Cf. M. Laurent, tome III, n° 143. — Demolombe, tome IV, n° 207. — M. Baudry-Lacantinerie, tome I, n° 747. Dans l'ancien droit (à part certaines coutumes, assez nombreuses) l'autorisation devait être spéciale pour chaque contrat (Merlin, v. *Autorisation maritale*, Section VI, § II, article I.)

(2) M. Planiol, tome I, n° 980.

(3) V. *supra*, p. 83.

si elle n'administre pas ses biens c'est, non parce qu'elle est incapable, mais parce que le pouvoir en revient au mari. Prétendre qu'elle va pouvoir désormais administrer ses biens en vertu de la convention parce qu'elle y est autorisée serait contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, puisque ce serait dire qu'elle va exercer en son nom propre (comme autorisée) des pouvoirs qui appartenaient auparavant au mari (1). Nous ne trouvons donc aucun texte nous permettant de conclure à la validité des autorisations générales.

Il est vrai qu'on pourrait prétendre que l'autorisation tacite se renouvelle à chaque acte passé par la femme, le mari étant censé lui accorder une autorisation chaque fois que cela lui est nécessaire. Alors cette autorisation qui, réputée donnée d'avance d'une façon générale par le mari se séparant d'avec sa femme, était vraisemblable, ne l'est plus si on l'applique individuellement à tout acte de l'épouse séparée, étant donné que la plupart du temps cet acte sera ignoré de lui et accompli à son insu.

2. Et, quoi qu'il en soit, l'autorisation doit être en principe expresse, et l'autorisation tacite ne peut résulter que du concours du mari dans l'acte ; ce qui n'est pas le cas.

Les arrêts, sans doute, tendent à assimiler (et nous com-

(1) M. Planiol, tome I (n° 980-2°) penche pour le système de l'autorisation. Il n'y aurait, d'après lui, aucune raison pour que la loi limite ainsi la portée d'un mandat, le mari peut constituer sa femme mandataire pour un acte quelconque. Et l'article 223 parle d'« autorisation ».

prenons en même temps les arrêts qui statuent pour les cas de vie commune) au concours du mari la simple tolérance de sa part. Pour eux, comme pour MM. Aubry et Rau (1), il s'agit d'une question de volonté, sans aucune condition de forme et pour laquelle les juges ont une grande latitude d'appréciation : « Les juges peuvent réputer suffisant à autoriser la femme tout fait établissant, d'une façon non équivoque, la volonté du mari d'approuver l'acte (2). » Des arrêts ont été, dans cet ordre d'idées, jusqu'à décider que la séparation de fait constituait en elle-même une autorisation tacite suffisante (3).

Ce serait là, remarquons-le d'abord, la source d'une foule de contestations, puisque l'appréciation de chaque fait allégué comme impliquant volonté du mari serait abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Or, la loi a précisément voulu les empêcher de naître, en spécifiant le fait unique d'où peut résulter l'autorisation tacite.

En outre, les termes mêmes de l'article 217 paraissent s'opposer formellement à cette explication, puisqu'en ne prévoyant que le « concours du mari dans l'acte ou son

(1) MM. Aubry et Rau (tome IV, p. 472) soutiennent que l'autorisation tacite peut résulter de faits concluants dont l'appréciation doit être abandonnée au pouvoir discrétionnaire des Tribunaux. — De même Massé et Vergé sur Zachariæ, tome I, p. 240, note 48.

(2) Cass., 22 juillet 1891 (S. 93, 1, 65. — D. 92, 1, 5). — Cass., 26 juillet 1871 (D. 71, 1, 293).

(3) Cour Douai, 13 mai 1846 (D. 47, 2, 60). — Cour Paris, 23 février 1849 (D. 49, 2, 135). — Cour Paris, 9 juin 1857 (S. 57, 2, 755). — Tribunal civil Seine, 27 mars 1878 (Journal *Le Droit*, du 10 juillet 1878).

consentement par écrit », il semble déterminer la forme dans laquelle l'autorisation doit être donnée (1).

L'autorisation, c'est la pensée de la loi, doit résulter d'une manifestation précise de la volonté du mari et réfléchie de sa part : écrit ou concours à l'acte, et non d'équivalents quelconques tirés des circonstances qui ont précédé ou suivi l'engagement pris par la femme ou même concomitantes. Le concours du mari à l'acte ne peut résulter que de faits établissant, d'une manière non équivoque, sa participation à l'engagement et sa volonté de l'approuver. On ne saurait présenter les termes précis de l'article 217 comme étant explicatifs plutôt que restrictifs. Ils semblent bien, par contre, apporter une dérogation à la règle qu'un consentement n'est soumis à aucune formalité extrinsèque ; et cela pour empêcher les nombreux abus, en écartant tout autre mode de preuve. L'article 217 doit donc être interprété restrictivement.

Il en sera de même, pour les mêmes raisons, des actes judiciaires.

Les auteurs concluent ainsi en grande majorité (2). Et la

(1) M. Planiol, tome I, p. 325, auteurs et arrêts cités. — Autrefois l'autorisation était un terme sacramentel : outre qu'elle devait être spéciale, il était nécessaire que le mari déclarât qu'il autorisait sa femme (Pothier, VII, n° 68).

(2) Cf. M. Laurent, tome III, nos 421, 423 et 424 — Demolombe, tome IV, n° 497. — Beudant, tome I, 329. — M. Baudry-Lacantinerie, tome I, n° 741. — M. Planiol, tome I, n° 954. — Huc, tome II, nos 251 et 252. — MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, tome II, nos 2229 et 2241.

Cour de cassation s'est rangée de cet avis dans de nombreuses décisions (1).

Il est cependant tels cas dans lesquels il est d'usage de se contenter d'une autorisation verbale, car le contrat lui-même est verbal, par exemple pour un engagement théâtral. L'usage alors commande que l'autorisation tacite soit réputée valable (2).

En vain a-t-on voulu donner des explications d'une autorisation générale tacite en matière d'achats de fournitures, en établissant une sorte d'exception à la règle, et décider, comme le dit M. Josserand, que « l'autorisation maritale change d'aspect et qu'entendue très rigoureusement lorsque les époux vivent ensemble, elle devient comme une fiction pour ce qui est des actes de la vie courante quand ils sont séparés de fait ». Comment admettre des dérogations ici, alors que le Code n'a entendu faire produire absolument aucun effet à la séparation de fait ? Or, ce serait accorder à celle-ci un effet que ni la folie ni l'interdiction du mari ne suffisent à produire. Et s'il ne s'agissait que d'une question de volonté, la disposition de l'article 217 ne serait pas aussi catégorique.

Cette autorisation tacite n'est, de plus, nullement vraisemblable chez la femme : celle-ci en contractant entend agir

(1) Cf. Cass. civ., 26 juin 1839 (S. 39, 1, 878) — Cass. civ., 15 juin 1842 (S. 42, 1, 839). — Cass. civ., 26 juillet 1871 (D. 71, 1, 293). — Cass. civ., 28 juillet 1871 (S. 71, 1, 65) — Cass. civ., 20 juin 1881 (S. 82, 1, 301, D. 81, 1, 334). — Cass. civ., 22 février 1893 (S. 93, 1, 182). — D. 93, 1, 295).

(2) Cass. req., 11 novembre 1907 (D. 08, 1, 25. — S. 08, 1, 223).

pour le compte du mari ; qu'elle soit de bonne ou de mauvaise foi, elle n'a pas l'intention d'agir de son propre chef. Dès lors, ainsi que le montre M. Binet, « l'élément consensuel d'un engagement personnel de sa part vis-à-vis des fournisseurs fait défaut (1). »

Quand même l'autorisation tacite serait vraisemblable, nous devons conclure que les dispositions de la loi lui sont contraires. Il en sera encore ainsi en cas d'instance, car la règle ne souffre pas d'exception.

M. Planiol admet exceptionnellement l'autorisation tacite pour les conventions de moindre importance qui se concluent verbalement, entre autres celles qui font partie de la vie intérieure et domestique (il la rejette pour les autres). L'engagement étant verbal, l'autorisation maritale qui n'en est qu'une annexe se donnerait valablement sous la même forme : l'article 217 ne serait applicable qu'à une catégorie d'actes, ceux qui exigent un écrit (2).

Sans doute, comme il le dit, cet article a été fait pour les actes importants pour lesquels il est d'usage de rédiger un écrit ; ces actes sont seuls en effet prévus, les termes de l'article en font foi. Cependant la solution qu'il donne est contraire à la tradition suivie en cette matière par le Code et on ne peut l'inférer des textes très généraux de celui-ci (3). Et surtout l'article a été fait pour le cas de vie commune ; et

(1) M. Binet, p. 122.

(2) V. note de M. Planiol, sous Cass. req., 22 juillet 1894 (D. 92, 1, 5).

(3) MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, tome II, n° 2241.

si les actes ménagers n'ont pas été prévus c'est, non parce qu'on a entendu les exclure de cet article, mais parce qu'ils se trouvaient permis à la femme en vertu d'une délégation du mari seul chargé de l'entretien du ménage. En ce moment, au contraire, nous envisageons la théorie de l'autorisation tacite parce que celle du mandat tacite nous a paru insuffisante. Le mandat cessant, l'article 217 devient applicable à ces actes. La théorie de M. Planiol serait acceptable si la femme tenait le pouvoir d'accomplir les actes ménagers de la loi elle-même, et non, comme mandataire, de son mari.

D'ailleurs, observons que le système de l'autorisation tacite aurait, pour les actes ménagers du moins, un résultat bizarre auquel M. Planiol et tous ceux qui partagent cet avis, doivent aboutir : le mari qui donne l'autorisation ne serait nullement tenu car, comme le proclame l'adage, *qui auctor est se non obligat*, alors que les dépenses d'entretien sont à sa charge. Ce serait faire peser sur la femme seule les charges du ménage qui reviennent de droit au mari (1).

Sous le régime de communauté ce résultat ne se produirait pas cependant, car le mari autorisant est tenu vis-à-vis du créancier. Ce n'est pas qu'il soit obligé personnellement ; mais la loi fait tomber la dette dans le passif de communauté. Or, par suite de la confusion qui règne entre son patrimoine et celui de la communauté, tant que dure cette communauté, les créanciers qui ont action contre elle se

(1) M. Binet, p. 34.

trouvent avoir nécessairement action sur les biens du mari (1).

Par contre, sous tout autre régime le mari aurait un moyen très facile de se débarrasser de son devoir d'entretien : se séparer de sa femme.

Telle n'est pas la conclusion de la jurisprudence : nous l'avons déjà dit, en cette matière elle confond mandat et autorisation tacites. Réputant la femme autorisée, elle valide l'acte et fait souvent condamner le mari sous prétexte que l'achat rentre dans l'administration du ménage (2).

Pourtant, si le mari est tenu directement, c'est qu'il y a mandat et la capacité de la femme importe peu, l'autorisation est inutile. Et s'il n'y a pas mandat, le mari ne peut être obligé, puisque l'autorisation tacite n'est pas admise. La théorie du mandat est la seule possible (si elle est admissible),

(1) En ce sens M. Baudry-Lacantinerie, tome III, n° 95. — MM. Baudry, Lecourtois et Surville, du *Contrat de Mariage*, tome I, n° 588. — Huc, tome IX, n° 47, et tome XXI, n° 429. — D'après MM. Demolombe, (tome IV, n° 310.) — Guillouard, (tome II, nos. 845) et 846 — Dalloz, (V° *Contrat de Mariage*, n° 995,) le mari commun. qui autorise sa femme serait tenu personnellement et la communauté le serait de son chef, par dérogation à la règle *qui auctor est*,

(2) V. Cour Douai, 24 décembre 1833 (S. 47, 2, 26, D. 47, 2, 59). — Tribunal civil Seine, 27 mai 1878 (Journal *Le Droit* du 10 juillet 1878). — Un jugement de Cassation civ., 21 février 1872. (D. 73, 1, 03), décide que les avances faites à la femme dans l'intérêt du ménage (et avec autorisation tacite du mari) constituent une dette de communauté qui engage la femme conjointement avec son mari : elle en est tenue pour la moitié nonobstant sa renonciation à communauté. La femme, en même temps qu'elle engageait la communauté s'engageait personnellement.

car elle seule permet d'engager le mari chargé de la subsistance matérielle des époux, à l'exclusion de la femme.

Puisque cette jurisprudence veut aboutir à faire condamner le mari, c'est la meilleure preuve de l'insuffisance du système de l'autorisation tacite.

Pour ce qui est des actes personnels à la femme, dépassant la classe des actes ménagers, on leur a aussi appliqué parfois le principe de l'autorisation tacite.

Certains auteurs et arrêts voudraient que le mari à qui est due la séparation de fait soit censé autoriser tacitement son épouse à accomplir tous les actes, quels qu'ils soient, qu'elle peut avoir besoin d'accomplir : marchés de travaux pour menues réparations, louage d'ouvrages, actes de spéculation, signature d'effets de commerce, opérations de Bourse, engagements n'offrant pas un caractère alimentaire.

Il est à remarquer que la jurisprudence ne va d'ailleurs pas jusqu'à permettre à la femme de passer des actes particulièrement graves, comme de vendre un propre, échanger, s'obliger sur ses biens, jouer à la Bourse avec les capitaux mobiliers mis à sa disposition lorsqu'elle est séparée de biens.

Le résultat n'est plus choquant puisque la femme est alors tenue personnellement. Cependant, pour les raisons déjà indiquées, ce système doit être abandonné.

« On ne pouvait songer, pour ces actes de désordre et de dissipation, selon les termes d'un arrêt de la Chambre civile (1), à donner à la femme commune séparée de fait une

(1) Cass. civ., 30 décembre 1862 (S. 63, 1, 257).

capacité plus large que n'a la femme séparée de biens ; c'eût été permettre aux époux de changer à leur gré la capacité de la femme mariée. » C'est pourquoi avec juste raison cet arrêt a décidé que les tiers devaient être condamnés à faire rentrer dans la caisse commune les sommes que la femme avait versées en paiement de différences résultant d'opérations de Bourse.

III. — Action « de in rem verso » contre la femme.

Nous mentionnerons sans trop nous y arrêter la théorie qui consiste à accorder au tiers fournisseur, en se fondant sur l'article 1312 du Code civil, l'action *de in rem verso* contre la femme dans la mesure où les fournitures lui ont profité.

Point n'est besoin de pousser loin le raisonnement pour en démontrer l'insuffisance ; et ce n'est, somme toute, que l'application du droit commun.

Un achat concernant l'entretien est-il fait par la femme, c'est le mari qui, en général, est le principal débiteur, tenu par suite du montant de la dette ; dans ce cas elle-même ne saurait être tenue à raison du profit qu'elle a tiré de la livraison, car elle ne s'est pas enrichie du montant d'une fourniture que le mari était obligé de lui faire.

Mais supposons que ce dernier ne soit tenu de fournir à sa femme aucune pension (il lui sert par exemple une rente annuelle), et que, malgré cela, elle passe des contrats de fournitures à son insu, ce qui exclut toute idée de mandat

et d'autorisation tacites, ou encore que la dépense de la femme excède ce que le mari était tenu de lui fournir. Elle va bénéficier des achats qu'elle a faits, puisqu'elle recueille les fournitures dans leur entier ; elle est tenue de s'acquitter de ces achats dans la mesure où cela l'a enrichie, sans d'ailleurs qu'elle soit jamais tenue pour une somme supérieure à celle librement convenue entre les parties.

Dans certains cas elle devra payer le prix en son entier ; il en sera ainsi lorsque les marchandises auront une valeur supérieure ou égale au prix pour lequel elles ont été cédées : la femme, bien que profitant de la valeur réelle, ne paiera que le prix fixé.

Mais généralement l'enrichissement sera loin d'égaliser le montant de la valeur de l'objet ; au delà de l'enrichissement, l'acquisition ne profite plus à la femme et elle n'en est plus tenue.

Cette action est admise par certains auteurs (1) et un assez grand nombre d'arrêts (2), récents pour la plupart.

Nous l'acceptons volontiers.

Toutefois, il est nécessaire que le tiers établisse que la femme a retiré un profit quelconque des achats dont il lui

(1) Cf. M. Laurent, tome XIX, n° 68. — Toullier, tome II, n° 628. — Guillouard, n° 873. — Rodière et Pont, tome II, n° 797.

(2) Cf. Tribunal Lyon, 1^{er} août 1867 sous Cass. req., 30 novembre 1868 (D. 69, 1, 132. — S. 69, 1, 219). — Cour Poitiers, 23 décembre 1889 (D. 90, 2, 359). — Cour Paris, 7 mars 1890 (D. 91, 2, 257). — Cour Paris, 30 décembre 1896 (D. 97, 2, 310). — Cass. req., 28 avril 1900 (D. 1900, 1, 455).

réclame le paiement ; sinon, et si elle nie avoir reçu les fournitures, toute condamnation est impossible (1).

Certains auteurs (2) exigent même qu'elle ait fait un emploi utile de ce qu'elle a reçu en qualité de femme mariée ou de mère de famille. Pour cette raison ils refusent toute action contre elle à raison de la partie des fournitures jugée excessive, même si elle se trouve en profiter, ou à raison d'une dépense de luxe totalement annulée.

Ils se trouvent par ce moyen frustrer les fournisseurs et les forcer à connaître la situation exacte des ménages, afin de savoir si l'acquisition n'est pas excessive. En outre, ils se font, d'après nous, une mauvaise conception de la *versio in rem*, qui a sa base dans le profit retiré et non dans l'utilité de l'emploi (3). Aussi, la femme qui a acheté des diamants, chose superflue, sans utilité pour la famille, pourra être condamnée, par cela seul qu'elle les a reçus et que le mari se

(1) Cour Paris, 26 mars 1890 (D. 91, 2, 237). — M. Laurent, tome XIX, n° 70. — Cour Amiens, 9 janvier 1890 (*Journal des Audiences de la Cour d'Amiens*, 1891, p. 205).

(2) Aubry et Rau, tome V, § 509, p. 341. — MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, tome I, n° 504. — Guillouard, n° 873. — En ce sens Tribunal Seine, 29 Décembre 1883 (*Gaz. Palais*, 1884, 1, 653). Ce tribunal a considéré comme articles de luxe des fournitures de vin faites à une femme séparée de fait ; il a, par suite, décidé qu'elle en avait tiré aucun avantage. Et ce même jugement a repoussé l'action contre le mari car, servant une pension suffisante, il n'avait pas profité de ces fournitures. Le fournisseur était censé connaître les faits, qui avaient reçu une publicité jugée suffisante.

(3) M. Binet, p. 159.

trouve dégagé, à en acquitter la valeur si non en totalité, du moins dans la mesure où elle en a tiré avantage (1).

Les tribunaux se font une conception plus juste de l'action et n'exigent en général qu'un bénéfice, quel qu'il puisse être.

Tout ceci n'est que l'application de cette règle d'équité du droit commun, à savoir que nul ne doit s'enrichir au dépens d'autrui. Nous en retrouvons l'application s'il s'agit d'actes de disposition qui sont radicalement nuls comme non autorisés : si la femme en a profité, elle doit en tenir compte au tiers dans les limites de l'enrichissement ; car elle ne doit pas se faire de son incapacité un moyen de s'enrichir aux dépens des tiers. Et c'est à celui qui allègue un profit retiré à le prouver (2). La loi protège la femme contre son incapacité, mais ne permet nullement qu'elle profite d'actes nuls.

Ainsi, a-t-elle, au moyen d'un emprunt, éteint une obligation antérieure, le prêteur peut se faire rembourser la somme prêtée (par exemple si elle a payé un billet faux à raison duquel des poursuites allaient être dirigées contre elle). Il faut voir là d'ailleurs bien plutôt une *restitutio in integrum* qu'une action de *in rem verso*.

Ainsi encore sera-t-elle tenue de rembourser aux tiers les

(1) Voir notamment Tribunal Seine, 11 mai 1892 (*La Loi* du 18 juillet 1892) et Tribunal Seine, 14 mai 1890 (*Journal Le Droit* du 17 juin 1890).

(2) Cass. req., 16 novembre 1886 (S. 87, 1, 56).

sommes par eux prêtées, si les deniers ont tourné en totalité à son profit (1).

IV. — Action oblique de l'article 1166.

De même indiquons pour mémoire la doctrine professée par plusieurs auteurs (2), doctrine qui ne fut jamais sérieusement défendue, et d'après laquelle les fournisseurs pourraient, sous certaines conditions, exercer contre le mari l'action oblique de l'article 1166 du Code civil (3).

On suppose la femme créancière de son mari des sommes nécessaires à son entretien. Si elle achète des fournitures qui vont lui profiter, en réalité elle exécute les obligations du mari, puisque c'est lui qui, restant tenu de pourvoir aux nécessités de la femme et des enfants, aurait dû acheter ces fournitures. Elle aura dès lors contre lui un recours en paiement. Quant aux fournisseurs créanciers de la femme, ils pourront exercer au lieu et place de cette dernière et de

(1) Cour Bordeaux, 16 mars 1854 (D. 55, 2, 246. — S. 54, 2, 694) et Cass. req., 24 janvier 1855 (D. 55, 1, 95. — S. 56, 1, 56). — Cour Nancy, 26 mars 1898, sous Cass. req., 28 avril 1900 (D. 1900, 1, 453).

(2) MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, tome I, n° 502. — M. Laurent, tome XXII, n° 109. En ce sens Cour Besançon, 25 juillet 1866 (D. 66, 2, 149. — S. 67, 2, 48). — Tribunal Versailles, 16 juillet 1873 sous Cour Paris, 11 mai 1874 (D. 75, 2, 41. — S. 74, 2, 169). — Justice de Paix de Paris, 14 avril 1905 (D. 05, 2, 249).

(3) Cet article est ainsi conçu : « Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ».

son chef cette action qu'elle a contre le mari, et indirectement obtenir de lui le paiement de ce qui leur est dû.

Malheureusement, il reste à prouver que les tiers sont créanciers de la femme; aucune explication n'a permis jusqu'ici de l'établir. Les auteurs et les arrêts qui admettent ce système n'ont même pas songé à la fournir. Quant à nous, nous avons décidé au contraire que la femme, pour être personnellement débitrice, devait être expressément et spécialement autorisée, sinon qu'elle n'était jamais tenue, car elle restait juridiquement incapable. — D'autre part, lorsque l'on admet que la femme agit valablement n'ayant pas été autorisée, l'on fait intervenir l'idée de mandat; c'est alors le mari et lui seul qui est tenu vis-à-vis des tiers, non la femme. En conséquence, cette action oblique manque, en la circonstance, de fondement.

C'est la conclusion à laquelle aboutit M. Binet (1) : « On peut douter, écrit-il, que dans les cas où le mandat vient à cesser, la femme se soit obligée elle-même par ses commandes de fournitures, d'abord parce qu'elle n'en a pas eu l'intention, et ensuite parce qu'elle ne peut s'engager sans autorisation du mari. »

Et puis quand même ! Le créancier qui exerce l'action de son débiteur fait bien rentrer la somme due dans le patrimoine de ce débiteur, mais il n'en profite pas exclusivement : il n'a sur cette valeur aucun droit spécial.

(1) M. Binet, p. 120.

V. — Action de « *in rem verso* » contre le mari.

Une autre explication, qui semble répondre entièrement aux besoins de la situation, se découvre çà et là dans les arrêts. C'est celle qui consiste à donner contre le mari l'action directe *de in rem verso*.

Déjà elle était apparue dans notre ancien droit. Lebrun dit à ce sujet (1) qu'à l'égard des dettes ayant pour cause un entretien dont le mari est chargé comme maître de la communauté, dettes concernant les habillements et les meubles des femmes, il n'y a point de difficulté que le mari n'en soit tenu. A l'appui de cette affirmation, il cite deux arrêts du Parlement de Dijon, l'un du 12 juillet 1619, le second le 8 janvier 1693. Le premier, notamment, restreint cette action *de in rem verso* « aux seules choses que le mari est obligé de fournir ». Pour les marchandises achetées par la femme à crédit et qui dépassent sa condition, le marchand ne peut même exciper de son ignorance, car il est censé connaître les facultés de ceux à qui il prête.

Cette action est fondée sur l'enrichissement sans cause dont le principe est connu : quiconque se trouve profiter sans droit d'un acte accompli par un tiers en dehors de toute intention libérale est tenu d'indemniser ce tiers. Voyons dans quelles limites on peut invoquer ici cette action.

Le mari peut se trouver tenu de fournir à son épouse

(1) Lebrun, Livre II, Chapitre I, Section III, nos 43, 44 et 45.

séparée des aliments, de pourvoir à son entretien et à celui des enfants qui sont avec elle. Il en est ainsi lorsque la séparation lui est imputable, lorsqu'elle résulte d'un accord intervenu entre les époux, ou encore lorsque son épouse, au cours d'une instance en divorce ou séparation de corps, a obtenu du Président du Tribunal l'autorisation d'avoir une habitation distincte, car alors il se trouve presque toujours condamné à lui servir une pension alimentaire.

S'il s'abstient de remplir son devoir, la femme va contracter et demander aux fournisseurs ce qui lui est nécessaire. Le tiers fait entrer dans le patrimoine du mari une valeur, puisqu'en déchargeant d'autant celui-ci de sa dette alimentaire il fait sortir de son patrimoine une dette qui en augmente d'autant l'actif. Mais le mari ne peut pas se fonder sur ce que la femme n'était pas autorisée à contracter pour refuser de tenir compte des fournitures au tiers qui, lui, a agi sans intention libérale. Autrement il trouverait là un moyen de s'enrichir injustement en se déchargeant d'une obligation mise à sa charge par la loi, c'est-à-dire en conservant l'enrichissement dont il bénéficie sans droit.

Le tiers qui n'a aucune action spéciale (1) va donc pouvoir exercer contre lui l'action *de in rem verso* dans les limites où il s'est trouvé profiter des fournitures, et le forcer à restituer la valeur dont son patrimoine a été enrichi, valeur

(1) Si le tiers était muni d'une action spéciale, il ne saurait s'agir d'action *de in rem verso*, ce tiers ne pouvant récupérer deux fois un enrichissement procuré au mari : d'abord par cette action spéciale, ensuite par l'action *de in rem verso*.

déterminée par l'étendue de son obligation envers son épouse.

M. Laurent n'hésite pas à dire (1) que les créanciers ont contre le mari une action fondée sur l'équité ; car il y a là une dépense qui profite à celui-ci, étant donné qu'il aurait dû la régler lui-même.

Et cet auteur écarte l'idée de quasi-contrat exprimée notamment dans un arrêt de la Cour de Besançon (2), en vertu de laquelle le tiers, en gérant l'affaire du mari, aurait une action contre lui pour se faire indemniser de ses dépenses strictement utiles et nécessaires, sans aucun espoir d'honoraire ou de salaire, puisqu'il ne saurait prétendre avoir plus que le mandataire (la femme) dont les services sont gratuits.

Ce n'est pas que les résultats diffèrent entre l'*in rem versio* et la gestion d'affaires : dans les deux cas le droit du tiers est limité à son enrichissement sans que cela puisse dépasser le montant de la dépense. En effet, dans l'action *de in rem verso* on calcule en principe l'enrichissement du patrimoine au moment où l'action est formée (3). Au contraire, une dépense nécessaire donne toujours lieu à récompense pour son montant intégral, et la plus-value des dépenses utiles est appréciée à la dissolution de la communauté. Ces règles n'ont pas d'intérêt s'il s'agit de fournitures d'aliments, car

(1) M. Laurent, tome XXII, n° 409.

(2) Cour Besançon, 25 juillet 1866 (S. 67, 2, 48).

(3) Cour Lyon, 11 janvier 1906, rapporté dans une note sous Cass. civ., 18 octobre 1904 (S. 07, 1, 466).

pour les choses fongibles c'est leur valeur exacte qui constitue l'enrichissement ; elles perdent leur individualité en entrant dans le patrimoine de l'enrichi. L'intérêt est surtout théorique.

Cette explication par la gestion d'affaires, certains ont pu à la rigueur l'appliquer au recours de la femme contre son époux, elle justifie la récompense qui sera due à cette dernière lors de la liquidation de la communauté : toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. D'ailleurs, il s'agit bien plutôt pour la femme d'action directe contre son mari. Et, au surplus, elle ne peut être obligée par son fait sans autorisation ; or dans la gestion d'affaires ne s'agit-il pas d'un fait personnel à la femme ? (1).

Par contre, la même explication ne saurait en aucun cas s'appliquer à l'action du tiers, car un quasi-contrat de gestion d'affaires supposerait une relation juridique entre les parties (il n'y en a aucune entre le tiers et le mari), et exigerait chez le fournisseur l'intention de faire l'affaire du mari, de lui rendre service (2), intention qui n'existera jamais

(1) M. Laurent, tome III, n° 101. Cf. Cour Paris, 7 décembre 1907 (D. 08, 2, 209) et la note.

(2) L'article 1372 du Code civil dit : lorsque « volontairement » on gère l'affaire d'autrui. La majorité des auteurs est en ce sens. Cf. Aubry et Rau, tome IV, p. 725, § 441, texte et note 14, et p. 726, § 441, note 17. — M. Laurent, tome XX, n° 324. — Demolombe, tome 31, n° 81. — Fuzier, Hermann et Darras, Code civil annoté, art. 1372, n° 33. — MM. Ripert et Teisseire, « Essai d'une théorie

puisque le tiers intervient avant tout dans son intérêt personnel. Et il ne se concevrait pas avec une volonté contraire formellement exprimée par le mari ; or, nous avons justement rejeté la notion de mandat en nous fondant sur cette volonté contraire du mari.

Ordinairement négligée par la doctrine qui lui préfère celle de la persistance du mandat, ou du moins exprimée chez les auteurs d'une façon peu précise, cette théorie de l'*in rem versio* se remarque fréquemment, avons-nous dit, dans les arrêts. Nous pouvons même ajouter que toutes les décisions judiciaires qui parlent de mandat tacite se basent bien plus sur l'idée d'enrichissement sans cause ; il suffit de les approfondir pour se convaincre que la notion de la *versio in rem* indiquée comme justification accessoire du recours contre le mari est en réalité la base même de ce recours (1).

Plusieurs arrêts accordent l'action en se basant sur ce que le mari touche seul les revenus de communauté ou les revenus de la dot (2). D'autres, sans invoquer ni formuler au-

de l'enrichissement sans cause ». Revue trimestrielle, 1904, p. 727 seq. En sens contraire Marcadé, tome V, sur l'article 1375, n° III. — Cass., 16 juillet 1890 (S. 94, 1, 19). — Toullier, tome XI, n° 23.

(1) V. Cour de Pau, 19 juillet 1823 sous Cass. civ., 14 février 1826 (S. 26, 1, 332). — Tribunal Alais, 18 novembre 1859 sous Cour Nîmes, 9 mai 1860 (D. 60, 2, 249. — S. 60, 2, 579). — Cass. civ., 12 janvier 1874 (D. 74, 1, 153. — S. 74, 1, 305). — Cour Poitiers, 23 décembre 1889 (D. 90, 2, 359). — Cour Paris, 9 décembre 1895 (D. 96, 2, 133). — Justice de Paix, Paris, 14 avril 1905 (D. 05, 2, 249).

(2) Cour Besançon, 15 juillet 1874 (D. 74, 2, 249. — S. 75, 2, 9). — Cass. req., 13 février 1844 (S. 44, 1, 662).

cun principe, se bornent à constater l'obligation alimentaire qui demeure à la charge du mari malgré la séparation de fait « et en concluent directement et immédiatement aux droits du tiers à l'encontre du mari ».

Dès 1820, on trouve un arrêt de la Cour de Rennes (1), fondant nettement le recours sur cette notion de l'*in rem verso*. Plus tard, un arrêt de la Cour de Besançon (2) l'établit en termes formels : « Considérant qu'il s'agit uniquement d'examiner si Collet (le tiers) a rempli à la décharge de « de Chanay (le mari) des obligations incombant légalement « à ce dernier, si de Chanay en a tiré un profit personnel, « dans quelle mesure, et si à ce titre il est tenu de rembourser à Collet tout ou partie des dépenses qu'il aurait dû faire « lui-même pour sa femme et ses enfants... » — L'arrêt voit en outre dans l'intervention du tiers un quasi-contrat de gestion d'affaires : le tiers fait les affaires du mari selon les règles de l'article 1375.

Cette action *de in rem verso* est acceptable, car son fondement est nettement précisé, et rien dans le Code Napoléon ne s'y oppose. Comme le disent MM. Aubry et Rau, l'action *de in rem verso* doit être admise d'une manière générale « dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment d'une autre personne, celle-ci ne jouit, pour obtenir ce qui lui appartient

(1) Cour Rennes, 26 août 1820 (Dalloz, Rep, v^o *Contrat de Mariage*, p. 223, note 3).

(2) Cour Besançon, 15 juillet 1874 (S. 75, 2, 9).

ou ce qui lui est dû, d'aucune action spéciale naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, ou d'un quasi-délit ».

Elle remplit en notre matière la même fonction que celle fondée sur le mandat tacite tel qu'on l'admet généralement, puisque, d'une part, elle est donnée dans les cas d'obligation alimentaire, autrement dit dans les cas où le mandat subsisterait, et que, d'autre part, ce mandat, limité aux dépenses nécessaires, ne s'étendrait pas aux dépenses excessives qui ne profiteraient ni au mari ni à la communauté. — Mais, de plus, elle existe alors même que le mari a fait défense aux tiers de contracter avec la femme, car si, dans ce cas, on ne peut certes plus parler de mandat tacite, l'obligation d'entretien n'en continue pas moins de lui incomber. — Elle a surtout l'avantage de s'accorder fort exactement avec les principes généraux du droit. Puisque c'est au nom de l'équité qu'on répute le mari tenu dans certains cas, il est tout naturel d'appliquer un principe d'équité, au lieu d'invoquer le mandat qui est un principe de droit strict.

De même cette action rappelle un peu l'action oblique de l'article 1166, au point qu'un arrêt (1) et M. Laurent les ont confondues. Nous savons que l'action oblique ne se justifie pas ici. Au contraire, dans l'action *de in rem verso* point n'est besoin que le tiers soit créancier de la femme.

Et cette action résiste victorieusement à l'objection qu'on pourrait faire, à savoir que toute séparation des époux non prononcée par justice est illégale, que, par suite, admettre

(1) Cour Besançon, 25 juillet 1866 (S. 67, 2, 48).

notre action est prêter la main à cet état illégal, alors que la femme ne peut que recourir à la séparation de corps ou forcer le mari à la recevoir.

En effet, on peut répondre qu'il s'agit avant tout de sanctionner le devoir alimentaire du mari, lequel devoir existe tout aussi bien en cas de vie commune ; et qu'au moyen de cette action la femme fait payer à ce dernier la dette alimentaire sous la seule forme possible dans notre hypothèse. — Dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui, cette action n'est soumise à aucune condition. Il suffit que le demandeur allègue et prouve l'existence d'un avantage procuré par un sacrifice ou un fait personnel à celui contre qui il agit (1).

Remarquons cependant qu'elle ne saurait toujours donner complète satisfaction aux tiers. Il faut d'abord qu'il y ait enrichissement au profit du mari. Ainsi, lorsque l'épouse a spontanément quitté le domicile conjugal malgré le désir du mari de l'y retenir ou les mesures prises par lui pour l'y faire rentrer, lorsqu'elle a quitté sans raison la résidence à elle assignée pendant l'instance en divorce ou séparation de corps (2), ou encore lorsqu'il lui est servi une pension suffisante (3), il n'existe plus aucune dette à la charge du mari.

(1) Cass. req., 15 juin 1892 (S. 93, 1, 281).

(2) Le mari peut en effet, dans cette hypothèse, lui refuser toute pension alimentaire (art. 241, C. civ.), laquelle est seulement due à la femme au domicile conjugal en principe, mieux encore dans l'habitation du mari.

(3) Cour Paris, 25 mai 1898 (D. 99, 2, 309).

Celui-ci, qui ne se trouve pas enrichi, ne saurait plus être tenu ; et les tiers n'ayant pu éteindre une dette qui n'existait pas dans son patrimoine n'ont contre lui aucune action (1). Ce sont là des cas fréquents et intéressants.

De plus, le tiers doit veiller à ce que les obligations contractées par la femme ne dépassent pas celles du mari.

Pourtant, dans tous ces cas les tiers auraient action contre lui si les fournitures concernaient les enfants vivant avec la mère : car il en est toujours tenu malgré la faute de son épouse (2), les enfants n'étant pas responsables du fait de leur mère. Il faudrait faire seulement exception dans le cas où le tiers se serait entendu avec celle-ci pour soustraire les enfants à l'autorité du père qui les réclamerait ; l'action du tiers contre ce dernier serait alors rejetée comme ayant sa source dans un fait illicite.

Ensuite, la dette du mari est-elle justifiée, il n'est jamais tenu que dans la mesure où les fournitures tournent à son profit, ce qui peut être inférieur au montant de la dette. Autrement dit, ce qu'il doit restituer, c'est « non la valeur dont la partie qui est l'auteur de l'enrichissement s'est appauvrie, mais simplement le montant de l'enrichissement qu'il a recueilli », c'est-à-dire l'équivalent exact de la dette existant dans son patrimoine. C'est pourquoi nous voyons la jurisprudence conforme à cette théorie n'accorder de recours

(1) Cour Paris, 22 novembre 1889 (D. 91, 2, 257). — Cour Dijon, 4 février 1888 (D. 89, 2, 243).

(2) Sauf sous le régime de séparation où la femme supporte cette charge concurremment avec le mari.

au tiers contre le mari que dans la mesure où l'engagement contracté par la femme n'excède ni les facultés ni la condition sociale du mari, parce que dans cette mesure seulement il est tenu, et à condition, d'autre part, que les fournitures ne soient ni exagérées, ni excessives, soient même, d'après certains arrêts, rigoureusement indispensables à l'entretien du ménage (1).

Ainsi, pour donner un exemple, une femme a acheté de somptueuses toilettes bientôt hors d'usage. Le couturier, qui n'a peut-être aucun recours contre elle, ne pourra pas réclamer au mari le prix de ces toilettes car, hors de proportion avec la condition des époux, elles ne rentraient pas dans son devoir d'entretien (2).

Ce sont les juges qui doivent apprécier l'avantage découlant pour le mari des fournitures ainsi faites à la femme.

Enfin le fournisseur d'aliments ou de subsistances seul profite de cette action ; celui qui aurait fourni à la femme des objets étrangers ne saurait avoir aucun recours, le mari n'étant pas tenu de ces sortes de dépenses vis-à-vis d'elle. Par exemple, il ne pourrait être condamné à payer les sommes prêtées à son épouse par un banquier, même si, pendant la séparation de fait, il jouissait des revenus de la

(1) Cour Poitiers, 23 décembre 1889 (D. 90, 2, 359).

(2) Nous avons vu que contre la femme, le fournisseur n'avait en l'espèce qu'un recours assez limité, le profit tiré par elle des toilettes ne s'étant pas maintenu.

communauté : le banquier n'est pas un fournisseur d'objets destinés à l'alimentation ou à l'entretien de la famille (1).

Cependant il a été jugé (2) que le tiers qui a prêté à l'épouse séparée l'argent nécessaire pour qu'elle pût se procurer des fournitures, ou qui a payé directement le prix de ces fournitures, peut en demander le remboursement au mari. Au fond, nous nous rapprochons davantage, en ce cas, de la gestion d'affaires.

VI. — Droit propre de l'épouse.

Une théorie qui se propage rapidement en jurisprudence sous l'influence de lois récentes, notamment celle du 13 juillet 1907 sur le libre salaire des femmes mariées, et qui tôt ou tard finira par l'emporter en législation, est celle du droit propre : La femme séparée pourrait accomplir valablement les actes ménagers nécessaires à son entretien et à celui de ses enfants en vertu d'un droit personnel, indépendant de toute intervention du mari.

Nous montrerons plus loin les avantages qu'il y aurait à consacrer ce droit propre et à en faire la base du rôle de la femme. Pour le moment voyons l'influence de ce droit sur les actes ménagers d'après la théorie que nous exposons.

Un point est hors de doute : la femme qui exerce une

(1) Cour Caen, 18 mars 1853 (Recueil arrêts, Caen, 1853, 1, 158).

(2) Cour Paris, 25 février 1826 (Dalloz, Rep., v^o *Contrat de Mariage*, p. 223, note 2).

profession peut, d'après la loi de 1907, passer des contrats ménagers.

Nous avons vu que cela lui était reconnu en vertu d'un droit propre sur lequel la cessation de la vie commune n'avait aucune influence ; ce n'est qu'une application aux actes ménagers des dispositions générales de cette loi.

Cependant il ne faut pas perdre de vue que la conséquence en sera bien souvent de faire supporter à la femme seule les charges du ménage. Car ses droits, nous l'avons dit plus haut, elle les exerce, non en qualité de mandataire du mari, mais en son nom personnel. Or, grâce au mandat tacite, les créanciers ont en principe action sur les biens du mari et les biens communs, si la femme a traité dans l'intérêt du ménage ; par suite, les biens personnels de celle-ci ne répondent pas de ces dettes. Exceptionnellement et spécialement les biens réservés se trouvent affectés aux besoins du ménage : « Les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers. Ils pourront l'être aussi par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage (art. 3) », la preuve que la dette a été contractée dans l'intérêt du ménage incombant au surplus au créancier. Comme l'écrit M. Baudry, « les biens réservés sont affectés aux besoins de la famille (argument, article 3) et grevés en conséquence des dettes contractées dans l'intérêt du ménage par la femme ou par le mari » (1).

(1) M. Baudry-Lacantinerie, tome III, n° 250-44.

En effet, il est admis que les biens réservés forment le gage de tous les créanciers quel que soit l'objet de la créance ; autrement dit, tout acte onéreux quelconque (un acte d'entretien par conséquent) passé par la femme sans autorisation, annulable en tant qu'on veut lui faire produire effet sur les biens non réservés, est pleinement valable en ce qui touche les biens réservés.

Le décider pour l'acte d'entretien de la femme est donc appliquer la loi à un cas spécial (1).

Appliquant cette règle, le Tribunal de Lannion (2) a décidé que la femme, même celle qui a subvenu seule avec ses biens réservés à l'entretien des enfants communs, n'a droit à aucune récompense de la communauté, et ne peut à la dissolution de celle-ci prélever à titre de récompense la part contributive qu'elle prétendrait devoir incomber au mari dans les charges du ménage. En l'espèce, le mari avait abandonné son épouse ; et l'enfant était resté pendant treize ans à la charge de la mère, qui l'avait élevé avec son maigre salaire. Ayant plus tard accepté la communauté, elle ne put rien réclamer au mari, précisément parce que les salaires sont, en vertu de la loi de 1907, affectés aux charges du mariage. Il eût fallu qu'elle renonçât à la communauté ; alors elle eût gardé ses salaires comme propres (article 5).

(1) Et même les créanciers du mari à l'occasion du ménage ont action sur ses biens réservés (article 3, al. 2).

(2) Tribunal civil de Lannion, 8 février 1910 (D. 10, 2, 281. — S. 10, 2, 323). V° aussi note de M. Lalou dans D. 10, 2, 281 et auteurs cités.

Sans doute si le mari ne subvient pas spontanément à ces charges, la femme peut se faire autoriser par le juge de paix à saisir-arrêter les produits de son travail (1). Il n'en est pas moins vrai qu'elle n'a aucun recours contre lui, si elle a acquitté les dépenses seule, et avec ses biens réservés (2).

La jurisprudence ne s'arrête pas là. Elle semble dire que l'épouse trouve dans cette loi de 1907 le moyen d'assurer son existence, même si elle ne se livre pas à une profession distincte de celle de son mari, la loi établissant au profit de toute femme mariée un véritable droit propre.

En conséquence, aucune circonstance ne saurait l'empêcher d'exercer ce droit. Notamment la femme séparée et, nous insistons, quelle que soit la cause de la séparation, pourrait conclure tous les actes indispensables à ses besoins et ayant pour but d'assurer l'exercice de son activité, au même titre que la femme vivant avec son mari.

Déjà cette idée de droit propre était apparue avant la loi de 1907, en ce sens qu'une tendance s'était manifestée en vue de reconnaître à l'épouse séparée une certaine liberté qu'on ne reconnaissait pas encore toutefois à la femme cohabitant avec son mari. Un auteur a résumé l'idée en ces termes : « A

(1) L'article 7 qui lui donne ce droit est certainement applicable à la séparation de fait. On consultera utilement sur ce point : le rapport présenté au Sénat le 14 mai 1907 (*J. Off.*, 15 mai 1907. Déb. parl., 1907, Sénat, p. 621). — Note de M. Lalou dans D. 10, 2, 281. Cass. civ., 1^{er} février 1909 (D. 09, 1, 85). Voir cependant en sens contraire, Tribunal civil Boulogne, 5 mars 1908 (D. 09, 2, 17).

(2) En ce sens, MM. Lecourtois et Surville, *La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée*, n° 39.

quoi bon recourir à des volontés plus ou moins fictives? La règle de l'incapacité de la femme fléchit devant la nécessité imposée par les faits. Puisqu'on ne peut chaque jour obliger la femme à recourir à une autorisation de son mari peut-être éloigné ou à une autorisation de justice (1), on ne doit se préoccuper que de ce qu'exigent l'équité et l'intérêt social. Or, comme il est indispensable de contracter pour vivre et qu'il faut bien que la femme vive, celle-ci pourra contracter dans la mesure de ce qu'il faut pour vivre. En conquérant sa liberté, elle recouvre la capacité de contracter en son nom ; capacité restreinte, il est vrai, à ce qui lui est strictement indispensable. » L'autorisation maritale s'atténuerait donc en cas de séparation de fait.

Il est bien évident qu'avec ce pouvoir propre reconnu à l'épouse séparée, ni le mari ni la communauté ne seraient jamais obligés. La femme, de son côté, serait tenue sur les produits de son travail.

Ce système a pris un nouveau développement depuis la loi du 13 juillet 1907. Voici comment on raisonne : Cette loi n'est pas, à proprement parler, une loi de faveur pour une catégorie spéciale de personnes, à savoir les femmes qui exercent un commerce ou une profession. Elle applique le droit propre dans une hypothèse déterminée, celle où la femme recueille les produits de son travail. Dès lors, rien n'empêche qu'on applique également cette même loi dans d'autres cas,

(1) Nous examinerons plus loin si cette autorisation de justice est possible.

si cela peut paraître utile. Tant que les époux vivent en commun, il n'y a pas d'intérêt primordial à le faire ; dès que survient la séparation de fait, l'utilité, la nécessité même commandent d'appliquer ce droit propre.

Peu d'auteurs ont jusqu'ici développé cette thèse. Partant de l'idée que le mariage est une association où les époux ont chacun un rôle distinct, M. Basset reconnaît (1) à la femme tous les droits nécessaires ou utiles pour l'accomplissement de sa mission ; le rôle de l'épouse découlant du mariage, pour être plus effacé que celui du mari, n'en est pas moins à ses yeux digne d'être reconnu. Mais il ajoute aussitôt que celle-ci (2) exerce ses attributions pour le compte du mari et qu'en définitive c'est ce dernier qui est tenu de fournir aux besoins du ménage. A quoi lui sert alors d'admettre le principe du droit propre, s'il se refuse à en appliquer les conséquences ? Pour nous, nous ne voyons pas où le Code aurait établi le partage d'attributions dont il parle.

Les arrêts récents, à la différence des auteurs, s'orientent nettement du côté du droit propre ; l'évolution est intéressante à constater. Dans l'ancien droit, on ne saurait affirmer si les auteurs et arrêts qui reconnaissaient la validité des contrats ménagers passés par la femme acceptaient le principe de l'autorisation tacite ou celui du droit propre. Deux arrêts, l'un de 1820 et l'autre de 1823, que nous avons eu

(1) M. Basset, p. 306.

(2) Il admet d'ailleurs que la femme est personnellement obligée des dettes du ménage, sauf son recours contre le mari, p. 301.

plus haut l'occasion de relater (1), ont été les premiers à alléguer que la femme est pour ses dépenses d'entretien dispensée de l'autorisation maritale. Ce n'est que beaucoup plus tard que l'idée a été reprise ; elle n'a pas cessé depuis de prendre de l'extension.

En réalité partie du mandat, la jurisprudence a glissé insensiblement vers la notion du droit propre, tout en conservant le terme légal de mandat. Actuellement, peut-elle encore parler avec raison de mandat, alors que dans nombre de ses décisions elle ne permet au mari ni d'en fixer l'étendue, ni d'en enlever le bénéfice à sa femme ? Le mandat n'est qu'un prête-nom ; au fond, il s'agit bien pour elle d'un effet du mariage mesuré par l'autorité sociale (2). La loi de 1907 n'a fait qu'accentuer le mouvement.

N'est-ce pas à cette théorie que se rangeait la Cour de Paris quand elle rejetait l'action en nullité du mari sous prétexte que « son exercice aurait pour résultat d'enrichir l'association conjugale, suspendue par une séparation de fait remontant à dix années, de sommes auxquelles, en l'état des circonstances ci-dessus analysées, elle ne saurait prétendre à un titre quelconque ? » (3).

Suivant cet arrêt non seulement la séparation de fait entraînerait une certaine capacité de la femme mariée, mais de

(1) V^o *Supra*, p. 404.

(2) M. Binet, p. 439.

(3) Cour Paris, 3 janvier 1904 sous Cass. req., 8 novembre 1903 (S. 07, 4, 148).

plus modifierait les effets normaux du régime de communauté entre les époux (1).

Malgré les avantages de cette théorie, s'il faut souhaiter la voir s'établir en législation à condition d'être bien réglementée, nous ne pouvons, en l'état actuel de notre droit, l'admettre en dehors de la sphère d'application de la loi de 1907.

Rien dans le Code ne nous permet une telle affirmation. Les fonctions des époux dans la société conjugale ont été fixées d'une façon impérative. Or, c'est le mari qui a été chargé de l'administration générale ; il serait donc contraire aux principes d'attribuer à la femme un rôle aussi positif. Un pouvoir propre ne peut être établi que par le législateur.

En outre, la loi de 1907, dont notre théorie semble se servir comme base, est très spéciale. Dans les travaux préparatoires de cette loi, il a été question à de nombreuses reprises de fixer le rôle de la femme dans les affaires du ménage. M. Boistel dans son rapport (2) disait notamment : « Il faudra nous demander s'il ne serait pas nécessaire de donner à la femme la qualité d'administrateur de la communauté pour tout ce qui concerne les dépenses du ménage... Il faudrait, dans notre projet de loi, indiquer, au moins par une expression bien choisie, la nature de ce rôle réservé

(1) Note de M. Hémaré dans S. 07, 1, 143.

(2) *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, années 1901-1902, p. 38.

dorénavant à la femme. » Et M. Morizot-Thibault (1) : « Il importe d'associer la femme aux principes libéraux qui nous gouvernent aujourd'hui et de lui donner un pouvoir propre dans tout ce qui concerne l'exercice de ses aptitudes naturelles. Elle a le droit de pourvoir aux choses du ménage sans le devoir à la tolérance de son mari, et elle doit disposer librement des ressources communes pour l'administration de l'intérieur... »

Lorsque cette loi fut discutée, on en réduisit considérablement la portée en la déclarant applicable seulement aux femmes exerçant soit un commerce, soit une profession.

Elle marque, à vrai dire, une tendance marquée dans le sens du développement de l'activité juridique de la femme mariée. Toutefois, elle n'applique pas un principe qu'il serait permis d'étendre à d'autres hypothèses, elle se justifie à elle seule et, par suite, n'a aucun effet en dehors de la matière spéciale pour laquelle elle a été édictée. Aucune disposition n'indique qu'elle ait entendu anéantir l'autorité maritale en matière domestique.

De plus, admettre cette théorie en considération de la séparation de fait, ce serait organiser en l'absence de texte cette séparation qui est un état illégal, voire immoral, et ce serait « créer au profit de la femme séparée une situation de faveur qu'il est impossible de lui accorder (2) ».

N'oublions pas en terminant (cela a son intérêt) que cette

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, années 1901-1902, p. 149.

(2) Note de M. Hémar, dans S. 1907, 1, 145.

doctrine, au premier abord favorable à l'épouse, se retournerait finalement contre elle ; elle aurait pour effet, nous l'avons montré en étudiant la loi de 1907 en elle-même, de lui faire supporter les charges du ménage, puisque cela équivaudrait à une dépense d'autorisation, ou mieux encore à une autorisation tacite, de plein droit admise par nécessité.

Résumons-nous. Au cas de séparation de fait, et relativement aux contrats d'entretien, les tiers n'ont jamais de recours contre la femme qui reste incapable, sauf dans la mesure où elle se trouve enrichie. Contre le mari ils peuvent seulement s'attaquer à lui s'ils sont de bonne foi, et en toute hypothèse par l'action *de in rem verso*. Aucun de ces recours ne saurait donner d'ailleurs aux tiers une entière satisfaction.

SECTION TROISIÈME

Actes susceptibles d'autorisation.

GÉNÉRALITÉS

Nécessité de l'autorisation maritale. Autorisation de Justice.

Nous devons, en nous plaçant à un autre point de vue, parler maintenant des actes pour la validité desquels l'autorisation maritale est nécessaire à la femme, ce qui comprend : 1^o les actes ménagers dans tous les cas où les tiers ne peuvent exciper de leur ignorance de la séparation de fait des époux, et dans la mesure où les fournitures ne profitent pas au mari ; 2^o les actes de disposition, c'est-à-dire ceux qui engagent définitivement l'avenir, d'une manière générale tous les actes qui ne sont pas expressément permis à l'épouse, puisque son incapacité est la règle, conformément à l'article 1124 du Code civil aux termes duquel les femmes mariées sont rangées parmi les « incapables de contracter ».

Ainsi lui sont interdits les actes qui portent sur le capital tels que ventes, achats, donations, constitutions d'hypothèques, actions en justice (articles 215 et 217 du Code civil),

défense en justice en matière civile, baux de plus de 9 ans, emprunts. Même au cas de séparation de biens, la femme, restant incapable, ne peut disposer de ses biens immeubles ni s'obliger en dehors de son administration, ni cautionner, soustraire des lettres de change, acheter des valeurs si elle ne peut s'en libérer avec ses ressources, non plus que contracter une société commerciale avec un tiers, compromettre, donner ses capitaux mobiliers, faire remise de dette, accepter une libéralité ou une succession d'où puissent naître des charges et des obligations. De même, elle ne peut ester en jugement sans autorisation. Depuis la loi de 1907, une exception est faite en faveur de la femme commerçante ; mais la règle subsiste pour les actions civiles dans toute sa rigueur (art. 215).

L'autorisation maritale est alors nécessaire. Et il est tels des actes de la femme séparée de biens ou dotale pour lesquels, à raison de leur nature sur laquelle plane un doute, les tiers feront bien d'avoir l'autorisation du mari : ainsi les aliénations des meubles paraphernaux, pour ne citer qu'un exemple.

Quant aux actes de la femme commerçante, il y a aussi un grand intérêt pour les tiers à posséder l'autorisation du mari, car il ne sont jamais sûrs que les actes qui ne sont pas commerciaux de leur nature soient faits dans le seul intérêt du commerce. Pas de doute, si l'acte indique une cause commerciale : la femme ne serait pas reçue à prouver que cette cause est fausse, car les tiers n'ont aucun moyen de suivre ou de vérifier l'opération, notamment l'em-

ploi des fonds par eux prêtés ou payés. Dans les autres hypothèses, les auteurs sont divisés.

Pour certains (1) ce serait toujours aux tiers à prouver que l'affaire concernait le négoce de la femme, même s'il s'agissait d'un billet malgré l'article 638 du Code de commerce (2).

En effet, celui qui demande la nullité d'un acte est protégé par la règle générale : or, ce n'est qu'exceptionnellement que la femme commerçante peut contracter sans autorisation spéciale. D'après Duranton (3), la présomption serait en faveur du mari pour les emprunts, en faveur de l'acquéreur pour les aliénations. Demolombe, par contre, et la majorité des auteurs (4), estiment que les actes faits par une femme commerçante sont, dans l'intérêt supérieur du commerce, présumés concerner son négoce. En conséquence, ce ne serait pas au tiers à le prouver, si la femme en demandait la nullité comme non autorisés. Et même le tiers serait protégé par sa bonne foi dans le cas où il serait établi que l'acte est étranger au commerce de la femme : d'où l'action en nullité serait irrecevable, la femme prouvât-elle que l'acte était indépendant de ce commerce, à moins qu'elle ne fournisse en outre la preuve de la mauvaise foi du tiers.

(1) Massé et Pardessus. *Droit Commercial*, 1^{re} édition, Paris, 1814, tome I, n^{os} 62 et 71 — Voir Marcadé, tome I, art. 220, III.

(2) Nous ne saurions admettre ce système pour les billets, l'article 638 s'y opposant formellement.

(3) Duranton, tome XIV, n^o 253.

(4) Demolombe, tome IV, n^o 301. — Cf. Rodière et Pont, tome II, n^o 802. — MM. Lyon-Caen et Renault, tome I, n^o 191. — Huc, tome II, n^o 266. — D. Rép. v^o *Contrat de Mariage*, n^{os} 1041 et 1045.

En présence de ces divergences il serait bon que le tiers se munisse de l'autorisation maritale.

En pratique nous trouvons, malgré le grand nombre d'opérations juridiques actuellement permises à la femme, ainsi que nous avons commencé par l'établir, beaucoup d'actes rentrant dans notre matière. Ce sont, au surplus, les plus importants, ceux qui généralement engagent des capitaux considérables : la vente par la femme d'un de ses propres en est le type essentiel.

Dans l'ancien droit la nullité des actes non autorisés était déjà la règle. Et même cette nullité était absolue (1), c'est-à-dire pouvait être opposée par le tiers co-contractant : « La femme mariée ne peut vendre, aliéner, ni hypothéquer ses héritages sans l'autorisation et consentement exprès de son mari : et si elle fait aucun contrat sans l'autorisation et consentement exprès de son dit mari, tel contrat est nul tant pour le regard d'elle que de son dit mari et n'en peut être poursuivie ni ses héritiers après le décès de son dit mari (2) ». Et cette solution s'imposait non seulement à la femme commune, mais à toute femme mariée, fût-elle séparée de biens par contrat ou sentence du juge (3).

La séparation de fait n'était pas visée ; il est certain que le raisonnement valait *a fortiori* pour ce cas.

(1) Toullier, tome II, n° 661. — Merlin Rép, v° *Autorisation maritale*, section III, § 1, p. 172.

(2) *Nouvelle Coutume de Paris*, art. 223.

(3) V. Claude de Farrière. — *Nouveau Commentaire sur la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris, 1770, tome II, pp. 23 et 26.
— Pothier, VII, n° 15.

De même la femme mariée, en vertu de l'article 224 de la Nouvelle Coutume de Paris, ne pouvait ester en justice sans le consentement de son mari. Si cependant on en exceptait la femme séparée par justice, il s'agissait là d'une séparation régulière dont ne pouvait certes pas se prévaloir l'épouse séparée de fait ; Claude de Farrière exige, en effet, que la séparation ait été faite « dans les formes ».

Aujourd'hui encore il ne fait l'ombre d'un doute pour personne que ces actes, s'ils sont passés en temps de vie commune par une femme sans être autorisée de son mari, sont nuls. Il s'agit d'une nullité relative, il est vrai, en ce sens que les tiers ne peuvent attaquer l'acte eux-mêmes. Mais le mari et la femme peuvent également agir en nullité : le premier parce que l'acte a norté atteinte à sa puissance maritale et aux intérêts de la famille, celle-ci parce que l'intervention du mari a aussi pour but de la protéger contre son inexpérience (1).

On s'accorde en effet à reconnaître à l'autorisation maritale ce triple fondement dans notre Code : d'une part, le pouvoir du mari découlant de la société conjugale, sauvegarde de l'autorité maritale que le législateur voulait très forte quant

(1) Nous laissons de côté la grave question de savoir si l'action en nullité peut être exercée par les créanciers du mari et de la femme. Cette question est trop controversée et sans intérêt ici. Les arrêts sont partagés, les auteurs penchent vers l'affirmative. — Cf. Dalloz, *C. civ. annoté*, art. 225, nn. 72 à 82. — M. Planiol, tome II, n° 283. Plusieurs l'accordent aux créanciers de la femme et la refusent à ceux du mari : V. Demolombe, tome IV, n° 432.

au ménage — d'autre part, la protection accordée à la femme, ainsi que le fait justement remarquer M. Gide : « la femme a besoin d'être protégée contre sa faiblesse, contre la légèreté et l'inexpérience habituellement inhérentes à son sexe » — en troisième lieu l'intérêt de la famille dont le mari est le protecteur, car les actes de la femme intéressent la famille et réagissent nécessairement sur elle (1).

Si l'idée de protection semble d'ailleurs être la base dominante de l'incapacité de la femme, on ne doit pas pour cela dédaigner les deux autres bases. Nous devons nous souvenir de ce point au cours des explications qui vont suivre.

Jusqu'alors nous avons supposé le cas normal de vie commune des époux ; plaçons-nous en face de l'hypothèse de leur désunion. La séparation de fait qui est un état contraire au premier des devoirs imposés par la loi aux époux : la cohabitation, et qui ne rompt point pour cela les liens du mariage, ne saurait déroger aux règles strictes posées par les articles 217 et 219 du Code civil. Les actes que la femme séparée passe sans autorisation sont autant d'actes qui portent atteinte à l'autorité maritale.

En outre, la femme ne peut par ce seul fait se relever de son incapacité et se soustraire à la protection légale ; car il ne peut dépendre des époux, fût-ce avec leur consentement mutuel, de changer leur capacité à leur gré. Or, nous savons

(1) V. Massé et Vergé sur *Zachariæ*, tome I, p. 231, note 4. — Dalloz, Rép., v^o *Mariage*, n^o 772 et Suppl., n^o 423. — Morizot-Thibault, p. 80.

que l'incapacité de la femme est d'ordre public : le mari aussi bien qu'elle-même vont donc pouvoir demander la nullité de ces actes, pour les raisons données plus haut.

Cela ne s'accorde plus avec l'état actuel de nos mœurs, c'est un fait ; nous voyons même toutes les lois récentes s'orienter dans un sens nettement favorable à l'épouse. N'importe ! Ce sont des lois exceptionnelles qui ne doivent avoir aucune influence sur le Code et sur le principe qui domine toute la matière, celui de l'incapacité de la femme mariée.

Même séparée, surtout séparée, celle-ci reste l'incapable.

Et rien ne permet de conclure à un régime d'exception en faveur de la femme, pour le cas digne de considération où elle serait abandonnée de son mari. Le Code lui offre alors le divorce, voire la séparation de corps qui lui rendra sa pleine capacité civile (1). En passant sous silence la séparation de fait, il a entendu marquer son profond dédain pour cette situation. Puisqu'il a fallu l'intervention du législateur pour dispenser la femme séparée de corps de l'autorisation du mari et de justice, *a fortiori* pareille intervention serait nécessaire pour la femme seulement séparée de fait.

Le résultat n'en paraît pas moins choquant : l'épouse séparée va avoir besoin dans certains cas de l'autorisation de son mari ; et il est à craindre qu'il la lui refuse arbitrairement, surtout s'il est coupable de l'avoir abandonnée. C'est dans le cas le plus grave pour elle qu'elle se trouve sans

(1) Loi du 6 février 1893 (art. 311, alinéa 3).

protection, n'ayant en face d'elle que cette alternative parfois cruelle : demander la séparation de corps par laquelle elle recouvrerait sa pleine capacité, ou se faire autoriser par la justice après refus du mari.

Ce recours à la justice est, du moins, une garantie sérieuse pour elle ; car si le juge refuse à son tour d'accorder l'autorisation, il y aura là la marque certaine de l'inopportunité de sa demande. Cela n'empêche que l'obligation de subir un refus préalable du mari soit une formalité gênante ; aucun moyen légal ne permet à la femme de s'y soustraire.

Plusieurs jugements semblent toutefois avoir décidé que celle-ci peut s'adresser directement à la justice, lorsque les formalités prescrites par les articles 861 et 862 du Code de procédure civile (sommation au mari, requête au président du Tribunal afin de citer le mari en Chambre du conseil pour déduire les motifs de son refus, audition du mari, conclusions du ministère public) auraient pour effet de retarder indéfiniment la solution d'une question urgente et que, par ailleurs, la femme n'est pas suspectée de vouloir échapper à l'autorité maritale (1), surtout si le mari est éloigné, — ou encore lorsque le mari a fait connaître, d'une façon certaine, qu'il se refusera désormais à autoriser son épouse.

Dans ces cas il suffirait de recourir au mode prescrit par l'article 863 du Code de procédure civile pour le cas d'absence (requête au président, communication au ministre

(1) V. Cour Bordeaux, 17 février 1897 (D. 98, 2, 197). En ce sens Toullier, tome II, n° 651.

public, rapport d'un juge commis). D'après ces jugements, le mot absent de l'article 222 du Code civil devrait s'entendre du mari éloigné de son domicile ; les travaux préparatoires l'auraient, en effet, employé dans le sens le plus large.

A part MM. Demolombe et Rodière (1) qui partagent cette opinion, la doctrine se prononce généralement en sens contraire (2). A considérer la rédaction restrictive de l'article 363 du Code de procédure civile, interprète de l'article 222 du Code civil, il est certain que les rédacteurs, « en traçant les formes à suivre pour l'autorisation judiciaire, n'ont pas cru devoir assimiler le cas où le mari est simplement éloigné de son domicile à celui où il est absent dans le sens propre de cette expression (3) ». L'autorisation judiciaire est l'exception, exception qui, dès lors, ne doit être appliquée que quand la règle générale ne peut l'être, c'est-à-dire quand le mari ne peut absolument pas manifester sa volonté.

Les mêmes solutions sont applicables aux actes judiciaires ; l'article 215 et l'article 217 sont conçus dans des termes identiques et dans le même esprit.

Par opposition à la femme, incapable quoi qu'elle fasse ou qu'elle veuille, le mari séparé d'elle peut tout se permettre, car sa capacité est entière. Cette différence de con-

(1) Demolombe, tome IV, n° 214. — Rodière, *Cours de compétence et de procédure*, tome II, p. 427.

(2) V. Aubry et Rau, tome V, § 472, p. 147. — M. Laurent, tome III, n° 127. — M. Garsonnet, *Traité de Procédure*, tome VI, n° 1286, p. 206. — Marcadé, tome I, sur article 222.

(3) Aubry et Rau, tome V, § 472, p. 147.

dition est d'autant plus blessante que, généralement, il y aura faute commune des époux, la mésintelligence qui règne dans le ménage n'étant imputable à aucun d'eux spécialement.

Est-ce à dire que cette nullité d'un acte passé sans autorisation par l'épouse séparée, si elle est demandée par celle-ci ou par son mari, devra toujours être prononcée, de telle sorte que les tiers seraient chaque fois désarmés devant l'action dirigée contre eux, et ne pourraient, par contre, jamais forcer la femme co-contractante à s'exécuter sans risquer de se voir opposer l'exception d'incapacité? Ou bien n'est-il pas des cas dans lesquels le tiers pourra écarter l'action en nullité malgré l'incapacité théorique de la femme?

Etudions la situation du tiers, vis-à-vis de la femme d'abord, du mari ensuite.

SYSTÈMES DE REFUS DE L'ACTION EN NULLITÉ

CHAPITRE PREMIER

LE TIERS ET LA FEMME

I. — Théorie de l'autorisation tacite.

Nous avons établi, à propos des actes ménagers, ce système qui consistait à prétendre que la femme séparée de fait était réputée avoir le consentement tacite de son mari ; ce qui avait pour effet évident, en la rendant capable, d'ôter à elle-même toute action en nullité fondée sur son incapacité, et au mari toute action en nullité fondée sur l'autorité maritale. On a invoqué, parfois, la même théorie à propos des actes de disposition. Comme nous pensons avoir suffisamment démontré qu'elle était inadmissible en l'état actuel du droit, nous n'y reviendrons pas.

Il ne peut s'agir de valider l'acte non autorisé.

II. — Théorie du quasi-délit.

N'y a-t-il pas alors un moyen de retirer à la femme son action en nullité ? Le droit pour elle d'attaquer l'acte non

autorisé a pour base, nous l'avons dit, la protection que la loi lui accorde.

Dès lors, on conçoit que cette protection ne lui soit pas enlevée en cas de séparation de fait, lorsqu'elle se trouve abandonnée par son mari, ou même lorsqu'elle a convenu avec lui d'une habitation séparée. C'est peut-être surtout dans ce cas où elle n'a plus pour la guider les conseils de son mari qu'elle a besoin d'être protégée. A-t-elle fait une opération juridique malheureuse, elle va pouvoir en demander l'annulation, refuser, par exemple, de payer le prix de vente d'un propre au tiers qui, de son côté, est gravement coupable de ne pas s'être enquis si elle était mariée, qui, peut-être, ne le lui a pas demandé.

Mais dans les cas où la séparation est due à la femme, ne perd-elle pas, par cela seul, le droit d'attaquer l'acte ? ne peut-on pas dire qu'étant en faute de ne plus cohabiter avec son mari, elle ne peut plus profiter d'une protection de la loi qui, vraisemblablement, lui était accordée à condition de ne pas vivre dans cet état illégal de séparation ? Ne peut-on pas voir là cette erreur commune dont parlent les auteurs et qui protège les conventions loyalement faites par les tiers ?

Toute autre est la question : refuser à l'épouse le droit d'attaquer l'acte fait par elle sous cet unique prétexte serait en faire un moyen de coercition pour la forcer à réintégrer le domicile conjugal. Or, cette sanction n'est pas prévue par la loi. Il y en a d'autres. Le droit de la femme d'exercer l'action en nullité existe indépendamment de

l'obligation de cohabitation. Au surplus, dans ce cas comme dans le précédent, le tiers contractant n'a qu'à s'en prendre à lui-même de ne pas s'être renseigné.

Le refus à la femme de l'action en nullité serait d'ailleurs illusoire, puisque le mari ne perdrait pas pour cela le droit d'exercer la sienne ; et, dans ces circonstances, c'est presque toujours lui qui agit.

Considérons maintenant le cas particulier où la femme a trompé le tiers sur sa capacité : elle s'est fait passer pour fille, veuve ou divorcée, elle s'est dite autorisée de son mari. Peut-elle arguer de la nullité pour attaquer l'acte ou refuser de l'exécuter ? Il est un principe certain : la femme s'engage par ses quasi-délits, elle en est tenue en dehors de toute convention. C'est à cela qu'on ramène la question, en recherchant si ce mensonge de sa part constitue le délit susceptible de l'engager personnellement.

On recourt généralement à la distinction suivante : la femme s'est-elle bornée à faire une déclaration mensongère, elle est coupable, certes ; mais le tiers est répréhensible de son côté, car c'est le devoir de chacun de s'assurer de la capacité de celui avec lequel il traite ou plaide en justice. La faute de la femme n'est pas suffisante pour lui enlever la protection à laquelle elle a droit et n'est pas un obstacle à sa *restitutio in integrum*, ne pût-on mettre aucune négligence à la charge du tiers qui peut-être n'avait aucune raison d'émettre un doute sur la déclaration de la femme.

Ainsi il a été statué que celle-ci ne peut, usant de son action, être tenue d'aucune réparation, car elle ne fait qu'user

de son droit (1). Décider autrement serait fournir un moyen à la femme d'éluder la puissance maritale.

Encore une fois, le tiers ne peut s'en prendre qu'à lui-même si l'action en nullité vient à être intentée, et sa bonne foi ne met pas obstacle à l'annulation des contrats et procédures dépourvus d'une des conditions essentielles à leur validité. On puise un puissant argument d'analogie dans l'article 1307 du Code civil concernant le mineur. La disposition de cet article est l'exposé d'un principe général qu'il faut appliquer à tous les incapables.

Si la femme a employé des manœuvres frauduleuses pour induire les tiers en erreur (2) et faire croire qu'elle a bien la qualité qu'elle se donne, ou si, par sa manière de vivre ou l'ensemble de ses actes, elle a intentionnellement trompé le public sur sa véritable position, on ne peut plus reprocher aux tiers de ne pas avoir sollicité l'autorisation du mari, et la femme est responsable à leur égard délictuellement. Or,

(1) Cour Paris, 4 mai 1852 (D. 53, 2, 94). — Décider, dit un arrêt de la Cour de Dijon du 1^{er} juin 1854 (S. 54, 2, 503), qu'une fausse déclaration de sa part lui impose, quand elle agit en nullité, la charge de la preuve qu'elle était bien engagée dans les liens du mariage serait donner à sa déclaration la force d'une présomption puissante, de telle sorte que dans toute situation incertaine elle se trouverait irrévocablement engagée.

(2) La preuve du quasi-délit de la femme est, d'après M. Morizot-Thibault (pages 215, 216 et 217) à la charge du tiers. Pourtant d'après un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 8 juillet 1903 (D. 05, 2, 232) ce serait au demandeur à prouver que le tiers, lorsque celui-ci allègue les manœuvres frauduleuses pour faire maintenir l'acte, n'a pas été trompé et était de mauvaise foi.

elle est tenue de ses actes illicites en dehors de toute convention, même sur ses biens dotaux ; la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* reçoit ici son application.

Pour la plupart des auteurs (1) et des arrêts (2), la règle de la nécessité de l'autorisation maritale protège la femme de bonne foi, mais non celle qui abuse de la bonne foi des tiers, en vertu de cette autre maxime : la loi vient en aide *deceptis, non decipientibus feminis*. Le dol élève contre elle une fin de non-recevoir et paralyse en quelque sorte l'effet de la nullité de l'acte non autorisé.

A appliquer dans leur entière rigueur les principes juridiques, on devrait aboutir à une conclusion différente : l'acte n'ayant pas été autorisé devrait être déclaré nul et la femme étant tenue d'un quasi-délit serait obligée d'indemniser le tiers au moyen de dommages-intérêts dans les termes de l'article 1382 du Code civil.

Les auteurs qui raisonnent ainsi considèrent que la meilleure et la plus complète des réparations consiste à

(1) MM. Aubry et Rau, tome V, § 472, p. 168 et note 127. — M. Laurent, tome III, nos 160 et 161. — Toullier, tome II, nos 622 et 624. — Demolombe, tome IV, nos 327 et 328. — Huc, tome II, n° 276. — Dalloz (Rép., v. *Mariage*, nos 959 et 960 et Suppl. nos 543 et 544. — Massé et Vergé sur Zachariæ, tome I, p. 244, note 67. — MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, tome II, n° 2379 et 2380.

(2) Cf. Tribunal Seine, 8 juin 1886, sous Cour Paris, 14 novembre 1887 (D. 88, 2, 225). — Cour Paris, 30 décembre 1896 (D. 97, 2, 310). — Tribunal de commerce de la Seine, 8 juillet 1903 (D. 1905, 2, 252. — S. 07, 1, 145) — Cass. civ., 3 juin 1902 (D. 02, 1, 452. — S. 02, 1, 485).

faire produire à l'acte tous ses effets ; et, s'ils le maintiennent, ce n'est pas qu'ils le déclarent valable, c'est qu'ils jugent que le maintien de l'engagement constitue la plus exacte réparation du préjudice causé.

Nous pouvons nous demander si cette conséquence, équitable sans doute, est très juridique ; nous sommes bel et bien en présence d'une condamnation de faire. Il est impossible à la réflexion de ne pas la rejeter :

Si la femme est en faute, c'est qu'elle se trouvait tenue de ne pas exercer l'action en nullité ; il y avait, en conséquence, à sa charge une obligation de ne pas faire. Or, si l'on peut contraindre parfois une personne à l'exécution forcée, il s'agit toujours en ce cas d'une obligation autre qu'une obligation de faire ou de ne pas faire. Aucun texte, en effet, ne permet de contraindre quelqu'un à ne pas exercer un fait considéré en lui-même comme illicite. On peut seulement, s'il l'exerce, le condamner à des dommages-intérêts (article 1142).

Et ces dommages-intérêts sont toujours fixés en argent. C'est, dit M. Planiol (1), « une vieille règle qui n'est pas exprimée par le Code civil, mais qui s'y trouve sous-entendue. »

Au reste, l'exécution en nature se comprendrait mal ici, puisque l'objet de l'obligation était passif. Il faudrait, pour cette exécution, paralyser les effets de l'action illicite. Mais

(1) M. Planiol, tome II, n° 224 et n° 173-5°. — En ce sens M. Laurent, XVI, n° 337. L'article 1143 pose une exception à la règle de l'article 1142 : elle semble concerner des faits tout à fait spéciaux.

alors cette sorte de *restitutio in integrum*, intervenant après l'admission de l'action (exécution forcée impossible) serait du ridicule formalisme : on aboutirait à rejeter l'action après l'avoir déclarée recevable ! Cette conséquence suffit à en prouver l'inadmissibilité au point de vue du droit pur.

Un arrêt de la Cour de Paris (1) décide avec juste raison que la femme ne recouvre pas sa capacité par cela seul qu'elle s'est prétendue veuve, et que la fraude employée ne peut davantage devenir un principe de capacité et la relever de la nécessité de l'autorisation maritale. Et il ajoute que le tiers trouve seulement dans la cause de l'annulation de l'engagement le principe d'une action en dommages-intérêts, la fraude devenant alors dommageable par suite de l'annulation de cette même obligation (2).

C'est la solution que nous admettons. Nous irons même plus loin. Si l'on peut établir que la femme, sans avoir recours à des manœuvres dolosives dont l'effet a été de tromper le tiers, a simplement agi avec intention de nuire, a fait

(1) Cour Paris, 6 novembre 1866 (S. 67, 2, 294 — D. 67, 2, 92). — En ce sens Cass., 6 avril 1898 (D. 98, 1, 305 — S. 1902, 1, 460). — Cour Paris, 4 mai 1852 (D. 53, 2, 94). — Duvergier sur Toullier, tome II, n° 624, note a.

(2) L'argument d'analogie qu'on tirerait de l'article 1310 concernant le mineur (M. Laurent, tome III, n° 164), aux termes duquel celui-ci « n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi délit », serait sans valeur ici ; il voudrait dire tout au plus que la femme qui commet un quasi-délit en intentant l'action en nullité ne peut pas refuser de le réparer ; et il ne saurait aller au delà.

une déclaration de mauvaise foi, nous y verrons une faute l'engageant sur ses biens à réparer le préjudice causé au tiers par l'annulation de l'acte, et ce par application des articles 1382 et 1383 du Code civil. La femme est engagée *ex delicto*, non plus *ex contractu*.

Théorie de l'erreur commune. — Nous dirons un mot d'une théorie assez fréquemment invoquée : celle de l'erreur commune. Plusieurs arrêts se basent sur elle (1).

La femme ne serait pas admise à se prévaloir de la nullité de l'acte non autorisé, lorsqu'il résulte des circonstances de la cause que les tiers appelés à plaider contre elle ont été trompés sur sa qualité par suite d'une erreur commune, résultant de son fait et de ses agissements prolongés, sur sa situation matrimoniale. Ses adversaires au procès en nullité en ont été les dupes nécessaires : elle-même vivant séparée de son mari, on ne peut leur imputer de ne pas s'être informés si elle était mariée, alors que dans le lieu où elle a contracté elle passait pour fille ou veuve.

C'était l'avis de Pothier : « Lorsque le public a un juste sujet de croire qu'une personne a un état que dans la vérité elle n'a pas, l'intérêt du commerce de la société civile exige

(1) Cour Agen, 8 novembre 1822 (S. 32, 2, 563). — Cass. req., 28 mars 1888 (D. 88, 1, 361 — S. 91, 1, 291). — En ce sens Duranton, tome II, n° 463. — Toullier, tome II, n° 623. Un tribunal (Cass. req., 1^{er} septembre 1808, D. Rép. v. *Mariage*, 962) a appliqué ce système au mari.

que cette personne puisse faire valablement les mêmes actes qu'elle ferait si elle avait véritablement cet état (1). »

Il suffirait, dès lors, pour que l'acte se trouve valide, que cette erreur provienne de la part de la femme, accompagnée ou non de dol, c'est-à-dire que celle-ci passât dans le pays pour non mariée, et qu'elle causât un dommage par sa négligence ou son imprudence en contribuant à accréditer l'erreur commune. Ce semble être la conclusion logique des arrêts qui se basent sur ce principe.

C'est aller beaucoup trop loin. Jamais l'erreur ne peut créer le droit. Il est admis que la maxime *Error communis facit jus* n'a été nulle part inscrite dans nos lois, et que jamais la bonne foi d'un individu ne supplée aux textes, lors même que le tiers n'a fait que participer à l'erreur de beaucoup d'autres, si les lois ne lui ont expressément permis de l'invoquer (2).

Or, aucun texte n'a enlevé à la femme son action, par cela seul que l'incapacité a été généralement ignorée du public. La question ne se pose donc que si elle a contribué à accréditer cette erreur ; tout se ramène alors, comme nous l'avons dit, à une question de faute et de quasi-délit.

(1) Pothier, VII, n° 28. Il en faisait plus loin, n° 54, l'application à notre hypothèse.

(2) MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, tome II, n° 2382.

CHAPITRE II

LE TIERS ET LE MARI

Le droit pour le mari d'exercer l'action en nullité est fondé à la fois sur l'autorité maritale et l'intérêt de la famille dont il a la sauvegarde ; il est indépendant du droit pour la femme d'agir et celle-ci ne peut en compromettre l'exercice par ses propres agissements et ses manœuvres frauduleuses.

N'existe-t-il pas certains cas où il perd l'exercice de ce droit ?

Nous assistons ici encore à une tentative faite tout récemment par la jurisprudence et les auteurs pour justifier des solutions équitables. En présence de certaines situations, les Tribunaux ont considéré qu'il était plus juste de rejeter l'action du mari qui souvent se décidera, après avoir laissé pendant nombre d'années sa femme vivre loin de lui, à attaquer l'acte uniquement parce que son annulation lui serait profitable. Et ils ont, pour donner une base juridique à leurs décisions, imaginé deux principaux systèmes que nous allons analyser rapidement.

Un procès d'une importance exceptionnelle a donné lieu

tour à tour à ces deux systèmes (1). Rappelons-le en deux mots. Pendant une séparation de fait une femme s'était livrée à des opérations de Bourse de pure spéculation. Certes, son incapacité n'avait pu être effacée : le mari demanda que la nullité des opérations soit prononcée et que les versements effectués par la femme lui soient restitués comme provenant de la communauté. Le Tribunal de Commerce de la Seine, le 8 juillet 1903, prenant prétexte de l'indifférence du mari pour les actes de son épouse séparée de fait, avait conclu à une autorisation tacite ; partant, l'acte avait été déclaré valable. La Cour de Paris, le 5 janvier 1904, alléguait un mandat tacite. Nous avons plus haut critiqué ces deux thèses. Mais la Cour refusa surtout l'action en voyant dans la conduite du mari un abus de son droit. Quant à la Cour de cassation, le 8 novembre 1905, elle jugea que le mari avait commis à l'égard du tiers, en se désintéressant de son épouse, un quasi-délit le rendant non-recevable à demander la nullité des actes accomplis (2).

I. — Théorie de l'Abus du Droit.

Le premier système consiste à dire que dans certains cas l'action en nullité doit être écartée parce que le mari, en l'exerçant, abuse de son droit (3).

(1) Dans ce procès l'action en nullité de la femme fut aussi écartée, celle-ci ayant employé des manœuvres frauduleuses à l'égard des autres parties contractantes.

(2) Tous ces jugements rapportés dans S. 1907, 1, 145.

(3) Remarquons que l'action en nullité du mari s'éteint ici par

En effet, le droit d'agir serait, comme la plupart des droits, un droit limité, dont l'exercice autrement dit est enfermé dans certaines limites hors desquelles il y a abus ou mieux (cela revient au même et est plus conforme à la raison) il n'y a plus de droit puisque, comme le dit M. Planiol (1), le droit cesse là où l'abus commence. Dès lors, l'action doit être rejetée, car la sanction de l'abus du droit est tout autant l'opposition préalable à exécution que la réparation s'il y a eu exécution.

Quelles sont ces limites ? C'est ce qu'il importe d'établir.

Certains voient un abus du droit (2) dans le fait d'exercer le droit « contrairement à sa destination économique et sociale ». Dans tout droit il y a deux éléments : l'élément subjectif, ou volonté d'exercer un pouvoir en vue de satis-

une cause propre et par suite l'action en nullité de la femme peut lui survivre. En outre, avec cette théorie, la responsabilité du mari ne se trouve nullement engagée; celui-ci ne peut être poursuivi s'il agit. En cela cette théorie diffère totalement de celle que nous exposerons en second lieu.

(1) Pour M. Planiol, *abus du droit*, serait une expression contradictoire. Il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut être tout à la fois conforme et contraire au droit (Tome II, n° 871).

(2) Pour plus de détails sur la théorie de l'abus du droit, on lira avec intérêt : la note de M. Hauriou, sous Conseil d'Etat, 27 février 1903 (S. 1905, 3, 17), la note de M. Ferron, sous Tribunal Bordeaux, 14 décembre 1903 (S. 1905, 3, 17). — M. Charmont, *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1902, p. 113. — M. Porcherot, *De l'abus des Droits*, Thèse Dijon, 1901. — Le nombre considérable de thèses sur ce sujet prouve que l'entente n'est pas près de se faire sur cette grave question, au fond surtout théorique.

faire un intérêt propre ; et l'élément objectif, qui est une certaine conception sociale déterminée réglant la manière dont le pouvoir en question doit être exercé. Lorsqu'un certain idéal, sorte de droit naturel, nous interdit telle façon d'agir, nous abusons du droit si nous outrepassons cette interdiction (1), autrement dit, si nous visons un but différent de celui qu'a eu en vue le législateur.

Ces auteurs considèrent le mobile qui fait agir le mari : celui-ci est-il guidé par un mobile personnel (encore faut-il le prouver, la malice ne se présument pas) ; il a un intérêt évident à agir, mais cet intérêt n'est pas légitime (2). La puissance maritale est établie dans l'intérêt de la famille et de la société plus que de lui-même ; il la détourne de sa destination quand, après avoir gardé le silence pendant de longues années, n'ayant pas ainsi rempli son obligation d'entretenir le ménage, il se fonde sur sa puissance pour agir en nullité, exclusivement dans le but de profiter de l'annulation :

« Considérant, dit l'arrêt de la Cour de Paris dans l'affaire
« rapportée plus haut, que B... en agissant aujourd'hui en
« qualité de chef de l'association et de maître des droits et
« actions de la dame B., abuse étrangement de l'obligation
« de protéger sa femme que met à sa charge l'article 213 du
« Code civil, en voulant y puiser le droit dont l'exercice

(1) Note de M. Hauriou, précitée. Voir aussi M. Josserand, *De l'abus des Droits*, Paris, 1903, p. 57.

(2) Tribunal civil Lille, 12 novembre 1906 (D. 08, 2, 73).

« tardif aurait pour résultat d'enrichir l'association conjugale,
 « suspendue par une séparation de fait remontant à dix an-
 « nées, de sommes auxquelles, en l'état des circonstances
 « ci-dessus analysées, elle ne saurait prétendre à un titre
 « quelconque (1). »

Abuse de son droit, dit-on plus généralement, le mari qui agit simplement par intention de nuire à autrui, fût-ce sans aucun profit sur lui ; comme le dit la maxime : *Malitiis hominum non est indulgendum*. De tous temps il en fut ainsi ; cette règle fut appliquée sous l'empire des coutumes et invoquée fréquemment devant nos Tribunaux qui la sanctionnèrent. Alors l'exercice du droit n'ayant plus pour objet la satisfaction d'un intérêt devient un moyen de réaliser une action méchante. « Ce n'est plus un droit qu'on veut exercer, c'est une action méchante qu'on veut exécuter (2). » Autrement dit, l'intention de nuire, illicite par elle-même, rend

(1) Les raisons données par la Cour de Paris ont été reprises par le Tribunal civil de la Seine le 28 octobre 1904, qui en a fait application à la femme : C'est par un étrange abus de l'exercice de la puissance maritale que les époux voudraient bénéficier de la protection accordée par la loi à la femme mariée, alors que dans leur vie ces époux méconnaissent constamment les droits et devoirs qu'engendre cette puissance maritale (*Gaz. Tribunaux*, 1905, 2^e sem., 2^e p., p. 139. — *Journal Le Droit*, 1^{er} janvier 1905). — La stricte application des motifs de ce jugement conduirait à paralyser l'exercice de l'action en nullité.

(2) V. Tribunal civil Toulouse, 13 avril 1905 (D. 06, 2, 105). Note de M. Josserand dans D. 1906, 2, 105. — M. Josserand, *De l'abus des Droits*, p. 29.

illicite l'usage d'un droit quand elle en devient le but. C'est le but poursuivi qui constitue l'abus.

« Si celui, dit un arrêt de Cassation (1), qui a recours aux
« voies judiciaires pour obtenir le paiement de ce qui lui
« est dû ne fait qu'exercer un droit légitime, il en est autre-
« ment de celui qui y a recours abusivement, par malice, ou
« par esprit de vexation, ou même par une erreur grossière
« équivalente au dol. »

Aussi certains voient encore un abus du droit dans la faute lourde que l'on assimile toujours à la faute intentionnelle (2). Ce sera le cas lorsque l'on exerce le droit sans y avoir d'intérêt sérieux, car alors il y a préjudice causé en pure perte. — Partant de là, ils qualifient d'abusif l'exercice du droit en l'absence même d'un intérêt sérieux. Car il n'y a pas de droit sans un intérêt moral ou matériel qui en est la base ou qui en motive l'exercice (3).

Pour M. Josserand (4), l'abus en cas d'action judiciaire basée sur l'intérêt individuel, est surtout constitué par le désir de nuire à autrui. Il faut toujours, pour que l'abus soit pris en considération, qu'il porte préjudice à autrui ; autrement c'est une simple intention mauvaise qui reste au passif du titulaire. — Généralisant ces divers critères, il pose le

(1) Cass., 11 juin 1890 (D. 91, 1, 93).

(2) M. Josserand, *De l'abus des Droits*, Paris, 1908, p. 55.

(3) M. Saleilles, Rapport, *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1905, p. 333 et 35.

(4) M. Josserand, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1904, p. 410, et note dans Dalloz, 1908, 2, 73. — Voir aussi, Thèse de M. Choquet, p. 196.

critérium de l'abus dans le motif illégitime, et décide qu'il y a abus lorsque l'on fait dévier le droit du but que le législateur lui a assigné.

En cas d'action en justice, tandis que la Chambre civile, appliquant la théorie de l'abus du droit, n'admet la responsabilité qu'en cas d'action vexatoire intentée dans le but exclusif de nuire (dol ou faute lourde), la Chambre des requêtes, appliquant l'article 1382, étend cette responsabilité au plaideur téméraire, coupable de simple négligence ou d'imprudence.

La notion de l'abus du droit, relativement nouvelle, et création de la jurisprudence, bien qu'elle prenne une place toujours plus grande auprès des juristes, est, on s'en rend compte, très mal définie en elle-même ; le Code civil qui en fait quelques applications ne pose nulle part le principe. Aussi est-il assez délicat d'y recourir, car l'on risque de donner un critérium d'une valeur plus ou moins douteuse. Et, le critérium une fois établi, qui nous dira jamais où commence exactement en fait l'abus du droit, tellement il faut mettre en jeu d'appréciations ?

Au surplus, en admettant en droit la valeur de cette théorie, nous ne pouvons que rejeter en notre matière, avec M. Hémard (1), ces différentes explications d'une même notion.

Le Code a considéré l'autorité maritale et la nécessité de l'autorisation du mari pour les actes de sa femme comme

(1) Note de M. Hémard dans S. 1907, 1, 145.

indispensables, sans que rien ne puisse révéler qu'à cette prescription formelle il ait entendu fixer des limites. Par suite, l'action en nullité du mari repose sur un principe d'ordre public. La loi n'a nullement entendu la restreindre ; nous en avons la preuve dans ce fait que celui-ci ne pourrait s'en dépouiller par avance. Toute convention de ce genre serait considérée comme portant atteinte aux droits résultant de la puissance maritale, et comme telle nulle aux termes de l'article 1388 du Code civil.

Lorsque le mari agit, il s'agit d'une nullité de droit qui s'impose au juge par cela seul que l'acte n'a pas été autorisé, sans que l'on ait à rechercher s'il lèse les intérêts dont la protection est confiée au mari ; la lésion est présumée (1).

Dès lors, le droit d'exercer cette action, s'il existe, ne saurait dépendre du mobile du mari, qui, somme toute, s'appuie en agissant sur sa puissance maritale, l'une des bases de l'action en nullité. Jamais un droit accordé par la loi d'une façon indiscutable ne cesse d'être un droit par suite du mobile, désintéressé ou non, qui fait agir, et l'homme n'a à révéler ni son but, ni ses intentions. Il est facile de se rendre compte que, quand on agit, c'est toujours parce qu'on espère tirer un profit personnel de l'action.

En outre, l'action nuit nécessairement à celui contre qui elle est intentée. Outre qu'il serait souvent difficile au tiers, car l'abus ne se présume pas, d'établir que le mari est simplement guidé par la malveillance (ce serait laisser aux Tri-

(1) M. Laurent, tome III, n° 157.

bunaux un pouvoir arbitraire dangereux), le désir même de nuire aux intérêts d'une autre personne ne suffit pas pour constituer la faute génératrice de responsabilité. C'est le droit de chacun de nuire par son activité à autrui (1). « Quand on possède un droit, dit un arrêt (2), l'exercice de ce droit, fût-il dommageable pour autrui, ne peut constituer une faute, engendrer une action en dommages-intérêts parce qu'il n'y a pas faute à user de son droit. »

En entrant ainsi dans la recherche des intentions, on substituerait la faute morale à la faute juridique (3).

Prétend-on que le mari n'a pas d'intérêt ? Le résultat sera (4) de faire rentrer dans la communauté des biens dont il aura l'administration ; il a des droits éventuels sur la moitié de ces biens. C'est dans ce but qu'il agira généralement ; que l'intérêt soit licite ou non, qu'on poursuive un but utile ou méchant, l'intérêt existera. Il ne pourrait être prouvé que le mari abuse dans ce sens de son droit que s'il n'avait aucun intérêt à l'annulation de l'acte, cette annulation étant profitable, au contraire, au tiers. Mais alors pour-

(1) M. Planiol, tome III, n° 871 bis. D'après M. Josserand (note D. 06, 2, 105) la lésion des intérêts d'autrui peut bien être le résultat légitime, mais non le mobile régulier de nos actions. Pourtant, quand le droit lèse autrui, ne l'exerce-t-on pas quand même parfois intentionnellement ?

(2) Cour Toulouse, 20 juillet 1896 sous Cass. req., 29 juin 1897 (S. 98, 1, 17).

(3) Note sous Cass. req., 29 juin 1897 (S. 98, 1, 17).

(4) Aucune décision de jurisprudence ne vise le cas de défaut d'intérêt.

quoi lui refuser la nullité alors qu'il la demande? Le tiers n'en supporterait aucun préjudice, bien au contraire.

Au surplus, l'intérêt moral suffit. Ce n'est qu'après la dissolution du mariage, si l'action en nullité est intentée par le mari ou ses héritiers, qu'on exige l'intérêt pécuniaire.

Enfin la demande en nullité exercée par le mari ne va pas à l'encontre de la destination de cette action, qui est de sauvegarder l'autorité maritale et l'intérêt de la famille. Ce sera le cas ici. Que ce soit l'une ou l'autre de ces deux bases qui l'emporte, il n'y a rien que de très normal dans la demande en nullité intentée par le mari; d'autant plus, encore une fois, qu'il ne peut renoncer d'avance à cette prérogative. M. Charmont (1) se demande même si ce critérium peut être pris en considération sans se préoccuper du mobile de l'action, et il conclut que non le plus souvent.

La meilleure notion de l'abus du droit est tout autre : Le droit de chacun trouve sa limite dans les droits des autres. On devient responsable lorsque l'exercice du droit a pour résultat d'entraver le développement normal de l'activité et de la liberté du voisin; on ne peut agir qu'en respectant le droit d'autrui (2). Il y a abus parce que l'on porte atteinte au droit d'autrui. Dans ce cas, le juge doit ordonner la suppression ou le changement de l'état de chose préjudiciable aux tiers.

Eh bien, où voit-on un droit du tiers empêchant le mari

(1) *Revue trimestrielle*, année 1902, p. 124.

(2) Note de M. Ferron dans *S.* 1903, 2, 17.

d'agir ? Le droit de se prévaloir d'un contrat nul ? Le mari n'a pas traité avec le tiers, il ne peut s'agir d'un droit de celui-ci à son encontre. Le mari se sert, au contraire, des armes dont la loi l'a pourvu.

Donc de deux choses l'une : ou l'abus du droit, indépendant de l'intention de l'agent, est déterminé (et c'est notre avis) par le droit du tiers, c'est-à-dire il y a défaut de droit (1), dont la sanction principale est de pouvoir s'opposer à l'acte illicite ; alors ici il ne saurait en être question. Ou il réside, comme on l'admet généralement, en l'opposant au défaut de droit, dans la personne même qui agit, et alors surtout par cette considération en notre matière que l'exercice de l'action en nullité va nuire au tiers sans profiter au mari : dans ce cas il s'agit d'une faute subjective, la responsabilité de ce dernier se trouve engagée.

Une notion nouvelle se substitue à celle d'abus du droit : celle de faute, de quasi-délit.

Mais cette notion de quasi-délit, loin d'aboutir au refus de l'action en nullité, doit aboutir plutôt, selon nous, à des dommages-intérêts ; malgré que M. Porcherot (2) prétende que le juge soit libre d'appliquer la réparation qui lui paraît justifiée, fût-ce la réparation en nature : ce qui ne serait admissible, à notre avis, que s'il y avait défaut de droit.

M. Labbé, dans une note sous un arrêt de Cassation (3),

(1) C'est pourquoi nous admettons avec M. Planiol qu'il y a plutôt, à proprement parler, défaut de droit, qu'abus.

(2) M. Porcherot, *De l'abus des Droits* (Thèse Dijon, 1901), p. 156.

(3) Note de M. Labbé sous Cassation, 12 août 1872 (S. 72, 1, 353).

écrivait déjà en 1872 : « Même en droit commun, une indemnité peut être due par celui qui a usé de son droit ». Et M. le Procureur général Roujat, dans des conclusions rapportées sous un arrêt de la Chambre civile (1), s'exprimait ainsi de son côté : « S'il est permis d'user de son droit pour la protection et la sauvegarde d'un intérêt légitime, si minime qu'il soit, et quel que soit le préjudice qui doive en résulter pour autrui, l'usage d'un droit cesse d'être licite et engendre une action en dommages-intérêts, lorsqu'il a pour unique mobile de nuire à autrui. » Les nombreux arrêts qui condamnent à des dommages et intérêts le plaideur qui agit de mauvaise foi, avec l'intention de molester autrui, reflètent tous cette opinion.

Si véritablement il était prouvé que le demandeur n'a agi que par pur esprit de vexation, voire même par simple négligence ou imprudence, rien ne s'opposerait, en effet, à ce qu'il soit condamné à des dommages-intérêts. Mais nous estimons que les notions de faute et de responsabilité permettent d'expliquer ce résultat ; l'article 1382 du Code civil, conçu en termes généraux, suffit à lui seul. C'est ce que reconnaît M. Laurent.

Nous nous éloignons, on le voit, du résultat voulu par la Cour de Paris : quand il y a abus du droit, dans une

(1) Cass. civ., 22 juin 1892 (S. 93, 1, 44). En ce sens, Tribunal civil Bourgoin, 11 janvier 1890 sous Cass. civ., même arrêt, 22 juin 1892 (S. 93, 1, 44). Cf. aussi l'excellent article de M. Desserteaux dans la *Revue trimestrielle*, année 1906, p. 119 : « Abus de droit ou conflit de droits ».

action en justice, outre que le demandeur succombe, il est (le jugement le décide seulement après coup) condamné à des dommages-intérêts. Précisément ici il ne succomberait pas.

Cependant les idées qui sont à la base de cette théorie, construite par la jurisprudence, sont trop humaines pour qu'on ne forme pas le vœu de les voir consacrer en législation, ainsi que cela a eu lieu déjà dans certains Codes étrangers, notamment dans le Code civil allemand (art. 226).

II. — Théorie du quasi-délit.

Peut-on du moins prétendre que le mari, en agissant dans certaines circonstances, commet un quasi-délit qui le rend non recevable à triompher dans son action? La question ne se pose pas s'il y a séparation due exclusivement à la femme, contre le gré du mari. Il ne saurait alors être dépouillé de son action; tout au contraire, elle lui est fort utile en ce cas, ce sera peut-être le moyen le plus efficace qu'il ait à sa disposition pour forcer la femme à rentrer dans la légalité. Mais s'il y a faute du mari, ou tolérance de sa part, on l'a prétendu.

En quoi consiste le quasi-délit? dans quels cas existe-t-il? On serait tenté de répondre: le mari, en ne cohabitant plus avec sa femme, commet un quasi-délit envers la collectivité. Cela suffit à rejeter toute action en nullité par lui exercée, et pour ce seul motif qu'il laisse son épouse vivre

loin de lui et passer des contrats ! On parviendrait par ce moyen à ériger à son égard la séparation de fait en acte illicite et sanctionner très fortement son obligation de vivre continuellement avec son épouse.

On ne peut logiquement soutenir cette conclusion, car, comme le dit M. Josserand (1), il semblerait étrange, qu'en se séparant de son épouse le mari commette un quasi-délit envers la collectivité.

Aussi ne va-t-on pas jusque-là et restreint-on le quasi-délit aux cas où la femme a trompé elle-même les tiers en traitant avec eux. On dit qu'alors il s'est fait complice de sa fraude. Le quasi-délit du mari ne consiste donc pas dans le fait de sa part d'abandonner la femme ou de la laisser vivre indépendante, mais dans une participation passive résultant de son inaction au quasi-délit de cette dernière.

« En se désintéressant pendant de longues années, dit un arrêt de cassation, de ce que fait sa femme, le mari a contribué à induire les tiers en erreur sur la capacité de celle-ci et sa situation légale, il a facilité les manœuvres frauduleuses qu'elle a employées, il est réputé s'y être associé. En cela consiste le quasi-délit qui engage sa responsabilité. »

Son devoir eût été, en effet, s'il ne voulait pas faire prononcer la séparation de corps ou le divorce, d'avertir les

(1) Note de M. Josserand dans *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1906, p. 451.

tiers par un moyen quelconque de la situation du ménage, et d'éviter ainsi qu'ils soient induits en erreur par la femme séparée ; la faute préexiste au procès. Quant au moyen capable de porter cette situation confuse à la connaissance des tiers, et ainsi de décharger le mari de sa responsabilité, aucun arrêt ne l'indique.

Telle est la pensée qui a inspiré l'arrêt de la Cour de cassation (1), du 8 novembre 1905. Celle-ci semble mettre le système du quasi-délit au compte de la Cour d'appel qui, au contraire, avait admis la théorie précédemment développée, essentiellement différente de celle que nous exposons en ce moment.

M. Hémar, dans la note écrite sous cet arrêt, se range ouvertement à cette opinion.

Pourtant, après examen, cette théorie du quasi-délit doit être abandonnée.

Remarquons l'anomalie de la situation : si la femme n'est pas coupable de fraude, le mari ne l'est pas davantage et, dans ce cas, l'un comme l'autre pourront demander la nullité de l'acte non autorisé. Au contraire, a-t-elle agi frauduleusement, aucun d'eux ne pourra agir valablement : la femme ayant, d'après ce système, commis un délit, et le mari étant réputé avoir participé lui-même à la fraude de la femme. L'action en nullité de chacun disparaît en même temps, elles sont corrélatives l'une de l'autre. Et cependant la conduite du mari est la même dans les deux cas : absten-

(1) Cass., 8 novembre 1905 (S. 07, 4, 145).

tion et inaction. Sa faute va dépendre de la conduite de son épouse.

On pourrait soutenir qu'en se séparant d'elle il se trouve engagé par avance à tous ses délits. En effet, on parle de « quasi-délit », c'est-à-dire d'un fait illicite faisant naître des obligations indépendamment de la volonté de l'obligé.

Encore faut-il que l'acte qu'on qualifie quasi-délit soit répréhensible en lui-même ; or, l'exercice de l'action en nullité ne l'est pas. Donnée d'une façon formelle par la loi, elle ne saurait être la source d'un quasi-délit par le seul fait que le mari s'est désintéressé de sa femme. Le quasi-délit prend sa source dans un acte ou un fait contraire au droit. Pour voir se produire une faute, il faut supposer chez le mari une intention mauvaise, caractérisée généralement par le désir de nuire. Mais la faute deviendra à ce moment un délit et non un quasi-délit ; et elle n'a rien à voir avec le procès, en ce sens qu'elle ne peut en influencer l'issue.

Nous insistons sur cette distinction : une faute prouvée de la part du mari constitue le délit donnant lieu à réparation (art. 1382) ; par contre, nous nions que son inaction prolongée suivie d'une demande en nullité d'acte non autorisé (cas que nous envisageons actuellement) soit suffisante pour constituer un quasi-délit.

En aucun cas la fraude commise par la femme ne saurait priver le mari de l'action en nullité qui lui appartient (1).

(1) M. Baudry-Lacantinerie, tome I, n° 758.

Quant à admettre que le mari commette le quasi-délit en se séparant d'avec son épouse, nous nous y sommes refusé plus haut.

Remarquons, comme nous l'avons déjà décidé à propos de la femme, que même en admettant le quasi-délit du mari, cela ne suffirait pas juridiquement à écarter l'action en nullité. Tout au plus cela fonderait une action en dommages-intérêts contre le mari en se basant sur l'article 1382 du Code civil, car la responsabilité prévue par cet article suppose un dommage provenant d'une faute (1).

Or, les partisans du système que nous exposons reconnaissent bien cette action en dommages-intérêts, mais en plus du rejet de l'action en nullité.

Sans doute, si le mari a entretenu les tiers dans l'illusion trompeuse où ils étaient de la situation de la femme, s'il ne les a pas avertis alors qu'il aurait pu le faire ou les a induits lui-même en erreur, et s'il a facilité les manœuvres frauduleuses de la femme, il a commis une faute, un délit, et est tenu de réparer le préjudice causé (payer par exemple les fournitures faites à la femme) ; il doit même indemniser complètement le tiers de tout le préjudice souffert. Nous lui faisons application comme à quiconque de l'article 1382 qui

(1) On aperçoit combien tous ces raisonnements sont subtils et se réduisent à des questions de mots : qu'on admette le quasi-délit ou qu'on le rejette en recourant à l'idée de délit, on se trouve dans les deux cas aboutir à la notion de faute. L'art. 1382 du Code civil trouve son application, quelque parti que l'on prenne sur le point de vue théorique.

consacre un principe d'équité. En effet, il y a eu lésion causée à autrui par un acte illicite. Et nous savons que la naissance d'une obligation délictuelle suppose comme élément de fait un dommage causé par un fait contraire au droit.

Ce que, par contre, nous avons refusé de reconnaître, c'est le bien fondé du rejet de l'action en nullité. La conclusion s'impose : le mari pourra valablement agir en nullité.

Nous aboutissons nécessairement à cette même conséquence si nous considérons soigneusement le fondement juridique de cette action mise aux mains du mari. Elle sert en premier lieu à sauvegarder l'autorité maritale. Au moment où la femme conclut le contrat pour lequel elle aurait eu besoin de l'autorisation de son mari, elle méconnaît ouvertement la puissance que celui-ci a sur elle, aussi l'action en nullité est-elle donnée au mari pour faire respecter sa puissance méconnue, un simple intérêt moral suffisant pour la recevabilité de cette action. — Mais supposons que le mari l'ait abandonnée, il l'a par exemple forcée à le quitter, il n'entendait certes pas user de son autorité : bien au contraire, il s'en déchargeait ; et s'il a à se plaindre des conséquences d'un acte passé par elle sans autorisation à un moment où il entendait la laisser vivre à sa guise, il n'a qu'à se le reprocher. Il ne peut plus se plaindre que son autorité n'ait pas été respectée, puisqu'il a lui-même renoncé momentanément à cette activité.

A ce titre, on peut à la rigueur soutenir, non qu'il abuse du droit d'agir, mais que le droit d'agir est perdu pour lui de son propre fait. Ne parlons pas d'autorisation tacite, ce qui

aurait pour effet d'enlever l'action en nullité à la femme elle-même et ne se concevrait pas de la part du mari.

C'est ce qui explique très bien pourquoi ceux qui fondent l'autorisation tacite sur l'autorité maritale refusent l'action en nullité toutes les fois que l'épouse n'a pas entendu se soustraire formellement à la puissance maritale ; car alors l'acte fait par elle est aussi valable que s'il était fait par une femme non mariée, non soumise à cette autorisation maritale.

Du moins, si le mari ne peut plus agir en se fondant sur l'autorité dont il est investi, ne peut-il pas agir pour une autre raison ? Son action a, en effet, un autre fondement : l'intérêt de la famille. Pour peu que cet intérêt existe, et il est présumé, l'action pourra toujours être exercée.

Une difficulté s'élève lorsque l'intérêt de la famille commande que l'acte soit maintenu, et que le mari agit quand même. Le tiers pourrait repousser l'action. Il ne le fera d'ailleurs pas et il n'y aura pas d'intérêt puisque si l'acte attaqué profite à la famille, très certainement c'est à son préjudice à lui et il a avantage à le voir annuler.

Quant aux Tribunaux, leur rôle n'est pas de juger de l'intérêt qu'il y aurait à maintenir ou non les actes à propos desquels on s'adresse à eux. Ils sont chargés de dire le droit ; et c'est aux parties qu'il appartient de veiller sur leurs intérêts respectifs.

Malgré tous les efforts de la jurisprudence, toujours préoccupée de sauvegarder l'équité, lorsqu'un acte est nul pour défaut d'autorisation, nous devons décider que les tiers n'ont aucun moyen légal d'empêcher la nullité d'être prononcée

(sauf si l'acte attaqué leur est nuisible et utile au mari!). Tout au plus peuvent-ils se retourner contre la femme qui les a trompés frauduleusement et contre le mari qui s'est associé à ses manœuvres, a agi par pur esprit de chicane ou dans l'intention de nuire (la preuve en étant bien faite par eux) et réclamer soit à la femme, soit au mari des dommages-intérêts en vertu du principe général posé par l'article 1382 du Code civil.

La tendance marquée de la jurisprudence n'en est pas moins intéressante ; elle montre qu'une réforme législative est, en cette question comme dans les précédentes, absolument nécessaire.

SECTION QUATRIÈME

Adoption d'un Commerce ou d'une Profession

I. — Autorisation maritale.

Il nous faut donner quelques explications particulières sur cette importante question de l'adoption par une femme séparée de fait d'un commerce ou d'une profession. Elle est de nature à se présenter fréquemment ; la femme a désormais à sa charge le plus souvent ses enfants, il lui faut pourvoir à leur entretien et au sien propre. Va-t-elle pouvoir adopter une profession sans qu'intervienne le mari ? La plupart des auteurs qui traitent la question distinguent entre la profession commerciale réglée par des textes et les autres professions pour lesquelles nous n'avons dans nos Codes aucune indication particulière. Nous montrerons que les règles varient en effet d'un cas à l'autre. Nous sommes obligés pour cela de résumer succinctement le fond même de ce problème qui n'est pas encore définitivement tranché ; car ses solutions présentent en notre matière un intérêt de premier ordre.

De droit commun, il faut assurément à la femme le consentement de son mari, sinon on se trouverait en présence d'actes passés par elle sans autorisation et tenu d'appliquer

toutes leurs conséquences indiquées plus haut. L'article 4 du Code de commerce le dit expressément pour la femme commerçante.

Mais où la bizarrerie de la loi apparaît, c'est quant à cette intervention même du mari : la loi parle de consentement et non d'autorisation. En outre, on admet communément que cette intervention n'a pas besoin d'être expresse ni publique ; la loi suppose le consentement du mari par le seul fait qu'il ne proteste pas. De sorte que l'on pourra tenir ce consentement pour existant, toutes les fois que le mari ne fera pas opposition, et faire résulter son autorisation de tous les faits et circonstances de la cause (1).

Ces idées s'expliquent très bien au cas de vie commune pour lequel la loi a été faite, car alors on peut admettre que le silence du mari, nécessairement au courant des faits et gestes de son épouse, vaut autorisation. Il n'en est plus de même lorsqu'il est séparé de celle-ci : si elle entreprend un commerce, comment dire encore qu'il l'accepte, alors que bien souvent il n'en aura pas connaissance ? C'est ici qu'il

(1) V. Locré, *Esprit du Code de commerce*, 2^e édition, p. 22. — Cass. req. 14 novembre 1820 (S. 21, 1, 312). — Cass. req., 27 avril 1841 (S. 41, 1, 385). — Cass. req., 17 janvier 1881 (D. 81, 1, 225 — S. 81, 1, 405). — Demolombe, tome IV, n° 198. — Dalloz, Rép. v. *Commerçant*, n° 163 et auteurs cités. — Baudry-Lacantinerie, tome I, n° 730. — MM. Lyon-Caen et Renault. *Précis de droit commercial*, tome I, n° 180. — MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, tome II, n° 2259 et auteurs cités. — Il en était déjà ainsi dans l'ancien droit : *Institutes coutumières* de Loysel, livre I, rég. 39. — Pothier, VII, n° 22. — Lebrun, (livre II, ch. I, section I, n° 10).

faut se demander si l'on doit encore se contenter d'un simple assentiment du mari.

Pour résoudre ce point, il faut rechercher ce qu'a voulu dire le législateur. En réalité, les articles 4 et 5 du Code de commerce sont conçus dans le même sens que les articles 215 à 220 du Code civil. L'article 217 qui vise le cas d'incapacité de la femme emploie lui aussi le mot « consentement » et il s'agit sans aucun doute d'une autorisation. Par suite, ce que la loi exige quand la femme veut entreprendre le commerce, c'est une autorisation du mari. L'article 4 constitue seulement une exception au principe de l'article 223 du Code civil prohibant les autorisations générales.

En outre, si l'on dispense le mari de l'autorisation expresse, c'est qu'en cas de vie commune on répute qu'elle est suffisamment manifestée de sa part, du moment qu'il ne proteste pas ; le seul fait par la femme d'exercer son commerce au vu et au su du mari emporte consentement de ce dernier. Lors de la discussion de l'article 4 du Code de commerce au Conseil d'Etat cela fut admis formellement.

En cas de séparation de fait, il faut encore qu'on soit sûr de la volonté du mari de permettre à son épouse l'exercice du commerce. Le laisser-faire de sa part ne suffirait plus toujours, car il peut s'expliquer autrement que par son consentement ; très souvent, en effet, il ne connaîtra pas les besoins de la femme.

C'est à tort qu'un jugement s'est basé uniquement sur ce qu'une femme, restée avec ses enfants dans la maison de son mari, y a tenu publiquement boutique après que celui-ci est

allé vivre dans une autre localité, pour la considérer comme faisant le commerce avec son consentement (1).

Lors de la discussion de l'article 4, M. Treilhard fit observer que la femme ne serait pas censée faire notoirement le commerce, « si elle s'échappait de la maison commune pour aller ailleurs former un établissement » et qu'il était statué uniquement pour le cas où elle fait le commerce sous les yeux de son mari (2). Il semble donc bien que la loi n'admette qu'un consentement tacite : celui où la femme exerce le commerce au vu et au su de son mari.

Autrement la volonté du mari ne sera manifestée d'une façon certaine que par une autorisation expresse de sa part. Sans aller jusqu'à prétendre qu'elle soit absolument nécessaire, puisque le Code de commerce admet la validité de l'autorisation tacite, il sera de toute utilité pour la femme séparée de se ménager le consentement écrit, si elle ne veut pas voir le mari mettre son veto à l'exercice de sa profession en prouvant qu'elle s'y est livrée à son insu et que, par suite, l'autorisation générale lui manquait. Car la femme ne peut s'affranchir de la puissance maritale et faire le commerce de sa propre autorité (3).

(1) Cass. Req., 4 floréal, an III (Dalloz, Rép., v^o *Commerçant*, n^o 169, et note 2.)

(2) V. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XVII, p. 133.

(3) Locré, *op. cit.*, p. 154. — Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier si le mari a autorisé sa femme à faire le commerce. Cass. req., 1^{er} mars 1897 (S. 97, 1, 352).

La question s'étend même au delà : si la femme veut entrer dans une industrie, contracter un engagement, louer ses services, exercer une profession quelconque, une autorisation sera aussi et sans aucun doute absolument nécessaire, bien que dans ce cas elle aura beaucoup moins souvent que la commerçante l'occasion d'accomplir des actes juridiques.

La question est intéressante surtout pour la femme qui veut passer le contrat de travail visé par l'article 1779 du Code civil, c'est-à-dire le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un; celui-là même dans lequel, suivant l'article 1358 du Code civil allemand, la femme s'oblige vis-à-vis d'un tiers à une prestation qu'elle doit faire en personne.

On a parfois allégué que l'autorisation maritale n'était requise que pour les actes qui mettent en péril les intérêts pécuniaires du ménage, et que dès lors, pour certaines professions où ce péril ne se présente pas, l'autorisation n'était pas nécessaire. Mais M. Viviani, le rapporteur à la Chambre de la loi du 4^{er} décembre 1900, ouvrant aux femmes la carrière d'avocat (1), fit remarquer que l'autorisation maritale sert aussi à sauvegarder la situation morale du ménage :

(1) Lors de la discussion de la proposition de cette loi, par la commission, quelques membres avaient formulé l'allégation, dont nous parlons, laquelle fut reprise plus tard par le rapporteur de la loi au Sénat, M. Tillaye, dans les termes suivants : « En droit, l'autorisation n'est requise que pour les actes qui mettent en péril le patrimoine de la femme ». Séance du 21 juin, (*J. off. Sénat*, année 1900, annexe 219, p. 642).

« La femme mariée devra se munir de l'autorisation de son mari (1) ».

En conséquence, pour donner un exemple, la femme qui voudrait contracter un engagement théâtral, passer un examen, devrait, selon nous, avoir l'autorisation maritale.

Est-ce à dire que sans l'autorisation, tout ce qu'elle accomplira dans l'exercice de sa profession sera nul? On a quelquefois soutenu que si l'autorisation expresse du mari est une condition essentielle de la validité du contrat de travail de la femme en cas de vie commune, il en est autrement lorsque, la séparation survenant, elle se trouve dans l'obligation de se procurer des ressources par son travail personnel. Et pour enlever au mari, qui laisse ainsi son épouse sans ressources avec les enfants à élever, le droit de faire annuler le contrat de travail passé par elle sans autorisation, on a voulu appliquer la théorie de l'autorisation tacite : « le louage d'industrie, dit un arrêt, est la conséquence indispensable de son abandon et de la liberté qu'elle a reconquise ». Et un autre : « La femme abandonnée est suffisamment autorisée, en vertu du mandat tacite (lire : autorisation) (2) ». Ce contrat de louage serait, même pour elle, d'après l'arrêt porté en cassation, un devoir impérieux (3).

La jurisprudence a une tendance marquée à maintenir le contrat de travail passé librement par la femme séparée de

(1) Chambre des Députés, séance 30 juin 1899. *J. off.*, 1^{er} juillet 1899. Débats parl., année 1899, p. 1761.

(2) Cass. req., 6 août 1878 (D. 79, 1, 409 — S. 79, 1, 65).

(3) Cour Rouen, 4 février 1878 (D. 78, 2, 258).

fait, malgré la dénonciation du mari. Ainsi de l'engagement théâtral d'une femme (1) : ici, d'ailleurs, il ne faut pas oublier que les usages peuvent jouer un certain rôle, notamment pour les engagements de peu d'importance.

Cependant le tiers qui passerait outre à l'opposition du mari s'exposerait à des dommages-intérêts vis-à-vis de ce dernier ; cela a été jugé pour la carrière théâtrale (2).

Mais nous avons vu ci-dessus que cette théorie de l'autorisation tacite était inadmissible. Nous ne pouvons donc que critiquer l'interprétation très large des tribunaux, voire même le jugement de la Cour de Paris de 1851, malgré que le mari ait eu connaissance de l'engagement théâtral de son épouse.

Dans ce jugement, remarquons-le, c'est l'action de la femme qui est repoussée, et surtout parce qu'elle avait abusé de la bonne foi des tiers, qu'elle ne cherchait par là qu'à se soustraire aux engagements qu'elle avait librement consentis, commettant ainsi un quasi-délit. Le Tribunal ne voulait pas que l'abstention calculée du mari pût fournir à l'épouse le moyen de résilier ses engagements, alors que l'entreprise dramatique était intéressée au plus haut point à leur stricte exécution. Néanmoins le jugement parle d'autorisation tacite, et, à ce titre, son système nous semble difficilement soutenable. L'autorisation expresse est nécessaire.

M. Planiol, pour empêcher le mari d'agir en nullité, assi-

(1) Cour Paris, 23 août 1851 (S. 51, 2, 217 — D. 52, 2, 10).

(2) Tribunal Pau, 20 juin 1903. (*Mon. jud. Lyon*, 21 juillet 1903).

mile le choix d'une profession à l'entreprise commerciale pour laquelle le consentement peut être tacite (1). Le Code de commerce ne paraît pas autoriser cette assimilation ; il vise expressément le commerce et ne dit rien de l'exercice d'une profession quelconque. Dès lors ce sont les règles du Code civil qu'il faut appliquer : autorisation expresse et spéciale (2).

D'ailleurs la règle du Code de commerce se justifie par elle-même : le commerce exige de la célérité. Au contraire, le choix d'une profession mettant en jeu souvent des questions morales, comme l'engagement théâtral (3), exige plutôt de la réflexion. Il faut que l'on soit certain que le mari accepte la profession de la femme.

Comment admettre, en outre, une autorisation tacite du mari, puisque les auteurs s'accordent d'abord à dire que l'autorisation doit être spéciale, et qu'une autorisation donnée à la femme de se livrer à une profession non définie, de se vouer au théâtre sans plus spécifier, serait jugée insuffisante, car ce serait de la part du mari abdiquer par anticipation son

(1) M. Planiol, tome III, p. 94. En ce sens, Dalloz, Rép., v° *Théâtre*. n° 180. Note de M. Colin dans Dalloz 1908, 1, 25.

(2) En ce sens, Cour Paris, 4 mai 1852 (D. 53, 2, 94).

(3) La question ne se présente guère en fait pour l'engagement théâtral. Les conventions qui interviennent entre le directeur et l'artiste donnent lieu généralement à la signature du contrat ; le directeur ne manque pas de faire signer le mari. C'est une obligation pour lui-même si les époux sont séparés. Il doit requérir au moins son autorisation.

autorité maritale (1)? On ne sera sûr de la spécialité de l'autorisation que si elle est expresse.

La nécessité de l'autorisation expresse se justifie donc, elle seule prouve la volonté du mari.

Il nous faut alors appliquer toutes les règles que nous avons indiquées plus haut à propos des actes pour lesquels l'autorisation nécessaire n'a pas été obtenue, si la femme se livre d'elle même à une profession. De même, nous repousserons la théorie du quasi-délit du mari et celle de l'abus du droit, bien que celle-ci présente ici un certain caractère équitable.

II. — Autorisation judiciaire

Si le mari sollicité refuse de donner son consentement, et c'est surtout au cas de séparation de fait que cela se produit, la femme peut-elle s'adresser à la justice? Nous estimons qu'il faut distinguer suivant qu'il s'agit pour elle d'entrer dans le commerce ou de choisir une profession quelconque.

A l'égard du commerce la question est très controversée en doctrine.

1. Plusieurs auteurs, malgré les textes du Code, concèdent au juge le droit d'accorder dans tous les cas l'autorisation à la femme à défaut du mari (2).

(1) Voir MM. Lacan et Paulmier, n° 259, qui admettent pourtant au numéro suivant l'autorisation tacite.

(2) MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, tome II, n° 2263.

La jurisprudence tend à reconnaître ce droit sans aucune exception, même si les époux ne sont pas séparés. Pour elle, l'article 4 du Code de commerce ne dérogerait pas au droit commun qui permet à l'épouse de recourir à la justice en cas de refus du mari reposant sur d'injustes motifs. Il faut reconnaître qu'elle se guide surtout par les circonstances de l'affaire et la situation de la femme (1).

C'est surtout lorsque celle-ci a obtenu la séparation de bien ou est mariée sous ce régime qu'elle lui accorde l'autorisation à défaut du mari, car elle juge qu'alors la résistance de ce dernier peut avoir une autre cause que l'intérêt du ménage ; et elle prend en considération cette idée que la femme se trouve avoir l'administration de ses biens, que dès lors aucun préjudice ne peut résulter, pour le mari, des conséquences qu'auront les opérations auxquelles la femme viendra à se livrer (2).

2. D'autres, se fondant sur ce que le texte, spécial, n'accorde pas à l'épouse le droit de recourir à la justice contre la volonté formelle du mari, lui refusent ce droit ; mais exceptionnellement ils admettent l'intervention de la justice si le mari est indigne, absent ou incapable. Car l'autorisation

(1) En ce sens, Cour Paris, 3 janvier 1868 (D. 68, 2, 28). — Cour Grenoble, 27 janvier 1863 (S. 63, 2, 79). — Tribunal Commerce Saint-Etienne, 16 janvier 1880 (D. 81, 1, 223). — Cass. req., 9 novembre 1859 (D. 60, 1, 87).

(2) Cour Paris, 24 octobre 1844 (S. 44, 2, 581). En l'espèce il y avait intérêt pour la femme à continuer le commerce qu'elle gérait auparavant, conjointement avec son mari.

n'est plus la contradiction, mais la substitution à la volonté présumée conforme du mari (1).

3. La plupart des jurisconsultes, s'appuyant sur l'article 4 du Code de commerce et les travaux préparatoires, estiment que, quelle que soit la cause du refus du mari, la justice ne doit jamais intervenir (2).

Les Tribunaux se sont plusieurs fois déclarés incompétents pour donner l'autorisation. Un jugement du Tribunal de Lyon (3) distingue avec soin les actes de commerce déterminés pour lesquels l'autorisation de justice peut suppléer à celle du mari, car les articles 217 et 218 ne font aucune différence entre les actes, et l'exercice d'un commerce régi exclusivement par l'article 4 du Code de commerce.

Et là est la vérité. Cet article 4 ne réserve pas l'intervention éventuelle de la justice comme le font les articles 218 et 219 du Code civil (4). De plus, la loi suppose que les actes

(1) V. Marcadé, tome I, art. 220, I. — Rodière et Pont, tome II, n° 800. — Dalloz, Rép., v° *Commerçant*, n° 177 et Supplément, n° 87. — Massé et Vergé sur Zachariae, tome I, p. 235, note 30.

(2) V. Demolombe, tome IV, n° 248. — MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commercial*, tome I, n° 185. — Huc, tome II, n° 262. — Beudant, n° 33. — Aubry et Rau, tome V, § 472, p. 145. — M. Planiol, tome III, n° 299. — Bravard Veyrières, *Manuel de Droit commercial*, p. 17. — M. Boistel (*Précis de Droit commercial*, 3^e édit. n° 95) a tendance à refuser à la femme le droit de s'adresser à justice, sauf s'il y a abus de la puissance maritale, par exemple si le mari lui refuse systématiquement une autorisation qui serait un gagne-pain pour elle et ses enfants.

(3) Tribunal Lyon, 16 janvier 1869 (D. 69, 2, 39. — S. 69, 2, 273).

(4) V. Beudant, n° 332, p. 462.

de la femme commerçante obligent le mari s'il y a communauté (art. 1419 et 1426 C. c.) ; or, cela n'est possible que si celui-ci les a consentis.

Lors de la discussion au Conseil d'Etat, il ne fut non plus jamais question de l'autorisation de justice.

Enfin considérons la nature de l'intervention du mari. Quand il intervient dans les actes juridiques ordinaires de l'épouse, il agit comme *auctor*, en vertu de sa puissance maritale conformément aux termes de l'article 217 ; et dans ce cas la justice peut sans danger suppléer à son refus ou au défaut d'autorisation, car des intérêts pécuniaires sont seuls en jeu.

D'une toute autre nature est son intervention s'il s'agit pour la femme d'adopter un commerce. Il agit alors comme chef du ménage. Dès lors l'article 219 du Code civil n'est plus applicable puisqu'il vise un cas tout différent. Et cela se conçoit assez bien. La femme veut-elle entreprendre un commerce, celui-ci aura une répercussion très grande sur le ménage ; les actes de commerce exposent plus gravement le patrimoine commun qu'un acte de la vie civile dont les conséquences peuvent être facilement prévues et appréciées. Il faut, ajoutent certains auteurs, des aptitudes spéciales que ne peuvent assurément pas posséder les tribunaux. Et puis l'adoption du commerce va aboutir à soustraire la mère et l'épouse à l'accomplissement de sa mission domestique ; elle va prendre au ménage le temps qu'elle consacre aux affaires (1).

(1) L'autorisation donnée par justice, dit-on, ne servirait à rien au surplus, puisque le mari pourrait toujours la révoquer ; ce serait

D'ailleurs la question de l'autorisation de justice est de nature à se poser très rarement sous cette forme. Pour entreprendre un commerce des capitaux sont nécessaires. Qui les fournira à la femme ? Mariée sous la séparation de biens ou le régime dotal, elle pourra se servir de ses propres ou de ses paraphernaux. Sous tous autres régimes, c'est le mari ayant la jouissance et l'administration des biens du ménage qui fournira les capitaux en les prenant sur les biens de la famille (1). Généralement les époux étant mariés sous le régime de communauté, le mari a le droit d'administrer tous les biens : il sera amené par là même et nécessairement à donner son concours. Sinon la femme pourrait songer à recourir à un tiers par le moyen de l'emprunt ou de la commandite ; alors une autorisation expresse et spéciale du mari serait absolument nécessaire. La justice n'interviendrait que sur son refus formel, et il est à croire qu'elle n'autoriserait pas l'emprunt.

S'il s'agit d'une profession, les motifs semblent aussi forts, sinon plus, pour faire admettre la même réponse : le mari est seul juge des convenances conjugales, il est seul capable d'apprécier en toute connaissance de cause si son épouse

lui donner le droit d'annuler un jugement. Mais ne pourrait-on pas le forcer à s'adresser à la justice pour faire révoquer l'autorisation ? Il a un autre moyen à sa disposition : changer de domicile et forcer la femme à l'y suivre (M. Baudry-Lacantinerie, tome I, n° 744). M. Planiol voit là un abus de la puissance maritale (nous partageons son avis) pouvant être réprimé par justice.

(1) M. Boistel. — *Précis de Droit Commercial*, 3^e édition, n° 100 ter.

peut courir les chances périlleuses d'une carrière. Son nom, ses intérêts, son honneur sont en jeu. Les tribunaux seraient peu aptes à bien apprécier ces éléments moraux, lui seul jugera si la profession ne porterait pas atteinte à l'honneur de la famille.

MM. Lacan et Paulmier ont aperçu cette raison (1) : « Un mari peut avoir, pour résister aux désirs de sa femme, des motifs des plus sages, des plus respectables qui échappent par leur nature aux investigations judiciaires... Tous les éléments d'appréciation font défaut aux Tribunaux ; ils n'existent que dans la conscience du mari. Le mari doit donc en rester souverain arbitre. » Et plus loin ils ajoutent que la loi a voulu que le mari fût seul juge de la profession que doit suivre sa femme, « parce que nul au monde ne peut mieux connaître la portée de l'intelligence de celle-ci, son caractère et ce que le choix d'une profession peut avoir, sous ce double rapport, de désavantageux ou d'utile ».

De plus, juridiquement, le mari ici encore agit, non en vertu de l'article 219 du Code civil comme *auctor*, mais comme chef de la famille dont la direction morale lui appartient. L'article 213 est applicable. Demolombe conclut dans ce sens au sujet de la publication d'œuvres littéraires ou dramatiques. Et le tribunal de la Seine a décidé (2) que le choix d'une carrière et d'une profession libre n'était pas mentionné

(1) MM. Lacan et Paulmier, n° 238.

(2) Tribunal Seine, 2 mars 1887 (S. 87, 2, 117). En ce sens Demolombe, tome II, n° 248 Huc tome II, n° 263.

parmi les contrats et actes extra-judiciaires énoncés dans l'article 217 du Code civil, et qu'il était sans droit pour accorder l'autorisation sollicitée.

MM. Baudry et Houques Fourcade (1), se fondant, pour décider que la justice ne peut suppléer à l'autorisation du mari s'il s'agit pour la femme de faire le commerce, beaucoup plus sur les principes généraux (les articles 218, 219, 221, 222 et 224 visant seulement les contrats spéciaux) et les considérations morales que sur l'article 4 du Code de commerce, sont amenés forcément à admettre la même solution pour la femme qui veut exercer une profession.

Ces auteurs ont mal compris le problème ; et celui-ci n'est peut-être pas insoluble. La question de l'exercice d'une profession n'a pas été étudiée par le Code. Tout au plus traite-t-il du louage de services qu'il réunit au louage de choses dont il en forme comme un appendice. A ce moment il s'agissait surtout du travail isolé ; tandis que de nos jours il s'agit d'organiser le contrat de travail, les quelques lois spéciales sur la matière ne suffisant plus. Nous devons nous diriger à l'aide des principes généraux du Code.

Cependant, pour notre part, nous avons admis à l'égard de l'épouse la nécessité de l'autorisation expresse en nous fondant sur le Code civil, et nous avons écarté le Code de commerce qui vise uniquement le commerce. Mais ce même Code civil, seul applicable s'il s'agit d'une profession,

(1) MM. Baudry-Lacantinerie et Houques, Fourcade, tome II, n° 2263. — M. Baudry-Lacantinerie, tome I, 6^e édition, n° 562.

permet de suppléer à l'autorisation du mari par celle de justice. Si le mari refuse, nous ne voyons *a priori* aucune raison qui nous permette de déroger à cette règle.

On objecte bien que l'article 219 parle de l'autorisation donnée par justice pour « passer un acte », et qu'il est placé à la suite d'autres articles visant des actes spéciaux ; d'où on ne saurait l'appliquer au choix d'une profession (1). Cela autrement constituerait une autorisation générale, laquelle est seulement possible en vertu de l'article 5 du Code de commerce et réservée alors au mari seul.

Le mot acte dont se sert l'article 219 doit s'entendre, à notre avis, de l'exercice d'une profession aussi bien que de tout autre contrat. Cet article a une portée générale, et son but est de sauvegarder les intérêts de la femme dans tous les cas où le mari ne les sauvegarde pas lui-même. Le droit de refuser l'autorisation à la femme est pour le mari un droit limité. Dès lors, si sa résistance est injustifiée, la justice est chargée de contrôler les motifs de son refus.

L'exception en faveur du mari de la femme qui veut entreprendre le commerce se justifie surtout par la répercussion très grande qu'aura l'exploitation du commerce sur la communauté : cette répercussion est bien moins importante s'il s'agit d'une profession qui intéresse surtout la femme. Cette exception, comme telle, ne peut être étendue en dehors

(1) M. Laurent, tome III, n° 135.

de la profession commerciale pour laquelle elle a été édictée (1).

Pour certaines professions la réponse est facile, car on peut les faire rentrer dans le contrat de travail visé par l'article 1779, 1^o du Code civil ; elles ne comportent que des contrats isolés et comme telles sont susceptibles d'être régies par les règles générales des contrats : article 220 sur l'autorisation du mari, article 221 sur l'autorisation de justice. Il en sera ainsi pour l'ouvrière s'engageant vis-à-vis d'un industriel à travailler dans son atelier pour tel prix déterminé, pour la femme s'engageant comme femme de ménage ou domestique, souvent même pour l'actrice contractant un engagement théâtral.

La difficulté apparaît pour l'entreprise d'une profession qui exige toute une série de contrats, c'est-à-dire pour laquelle on ne peut réclamer chaque fois une autorisation spéciale. Le problème se posera si la femme veut devenir professeur, avocate, médecin, etc..

Pour permettre à la justice de l'autoriser après refus injustifié du mari, il faut appliquer les principes du droit. C'est là qu'on trouve la véritable raison juridique. L'article 219 est l'application d'un principe plus général que Portalis n'a pas manqué d'énoncer dans l'Exposé des Motifs du titre « Du Mariage » (2) : « Comme il n'y a aucun pouvoir particulier

(1) En ce sens Aubry et Rau, tome V, § 572, p. 143. — Beudant n^o 332. — Cour Paris, 4 mai 1832 (D. 93, 2, 94).

(2) Portalis, *Discours sur le Code Civil*, p. 203 et 206.

qui ne soit soumis à la puissance publique, le magistrat peut intervenir pour réprimer les refus injustes du mari. »

L'intervention de justice a été instituée pour régler l'exercice par le mari de son droit, découlant de l'autorité maritale, de refuser son autorisation. Le texte n'en parle pas, il est vrai, pour la profession. Parle-t-il davantage de la nécessité, par la femme qui veut exercer une profession, d'obtenir l'autorisation du mari ? Non, l'article 217 vise des contrats particuliers. On ne prétendra pourtant pas que cette autorisation donnée par le mari d'exercer une profession est nulle comme non prévue par les textes.

On admet comme valable, nous l'avons vu (1), l'autorisation générale donnée par le mari, pour des raisons de nécessité pratique. Le mari autorise ainsi par avance tous les actes que son épouse va faire dans l'exercice de la profession (car elle est tenue pour chaque acte d'être autorisée, et on peut songer à la forcer à requérir chaque fois cette autorisation). Mais pour chacun de ces actes pris séparément, la femme aurait pu s'adresser à la justice toutes les fois que le mari aurait refusé de l'autoriser. S'il refuse par avance de les autoriser tous (refus de l'autorisation générale d'exercer la profession), la justice pourra y suppléer, puisque l'autorisation générale dont s'agit, admise par nous, remplace toutes les autorisations spéciales.

Tel est le résultat où nous conduit l'étude des Codes. Nous trouvons dans la loi de 1907, semble-t-il, un nouvel argu-

(1) V. *Supra*, p. 43.

ment à l'appui de notre thèse. Comment admettre, en effet, que le mari, impuissant à priver la femme d'une fraction quelconque de son salaire, pourrait en bloc, par un refus d'autorisation, lui faire perdre son gagne-pain ? La loi de 1907 a entendu procurer à l'épouse une liberté complète dans sa vie économique. Elle manquerait son but s'il suffisait d'un refus injustifié du mari de permettre à celle-ci l'exercice d'une profession pour l'empêcher de s'appliquer. Cela est d'autant plus vrai que dans beaucoup de familles le salaire de l'épouse est l'appoint indispensable pour équilibrer le budget de chaque jour, principalement si elle vit en mésintelligence avec son mari. « La protection du salaire, a dit M. Tissier, implique la protection préalable du droit de travailler (1). » Et M. Colin se demande si cette loi ne va pas jusqu'à soumettre à l'approbation du juge le retrait de l'autorisation maritale et n'aboutit pas à dénier au mari, s'il a consenti, le droit de revenir sur son autorisation.

De toute équité est l'autorisation de justice ; la loi de 1907 ne sape-t-elle pas la base de la puissance maritale ? Or, avant cette loi, la seule raison sur laquelle on pouvait se fonder pour refuser à la justice le droit d'autoriser la femme était la suprématie du mari.

Ne nous exagérons pas pour cela la portée de cette loi : elle ne s'est prononcée ni sur la nature du consentement exigé du mari, ni sur le point de savoir s'il pourrait y être suppléé et de quelle manière.

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, année 1901-1902, p. 49.

Plusieurs arrêts décident que la disposition de l'article 219 du Code Napoléon, aux termes duquel, en cas de refus injuste du mari, la justice peut autoriser un acte est générale et ne souffre pas d'exception. Par suite, nombre de Tribunaux admettent la demande d'autorisation présentée par la femme mariée même s'il s'agit de professions particulièrement dangereuses comme la carrière théâtrale (1). Cependant pour celle-ci il faut reconnaître qu'ils se montrent circonspects et refusent l'autorisation lorsque la dignité et l'intérêt de la famille le commandent et lorsque la pension servie à l'épouse est reconnue suffisante (2).

En tout ceci, comme toujours en notre matière, les Tribunaux ont surtout jugé d'après le fait ; ils ont notamment refusé l'action en nullité intentée par le mari ou autorisé expressément la femme, au moins chaque fois que, soit cette action, soit le refus du mari auraient eu pour effet d'enlever à la femme le moyen de se créer les ressources nécessaires à son existence. En un mot, ils ont fait fléchir les règles devant les nécessités pratiques pour ne pas aboutir à une solution inique.

Néanmoins l'autorisation de justice doit rester l'exception ; il faut respecter avant tout l'exercice de la puissance maritale dans ce qu'il peut même avoir d'exagéré.

Les juges, se souvenant qu'ils sont moins que le mari en état de juger le caractère de la femme et les convenances

(1) V. Tribunal Seine, 9 octobre 67 (S. 68, 2, 65). Cour Paris 3 janvier 68 (D. 68, 2, 28).

(2) Cour Paris, 3 janvier 1868 (D. 68, 2, 28. — S. 68, 2, 65).

de la famille, doivent prendre en considération le plus léger motif allégué par le mari, du moment qu'il est sincère.

De ce que nous venons d'établir, il résulte que la femme qui veut exercer une profession, à la différence de celle qui entreprend un commerce, a besoin d'une autorisation expresse (1); mais sur refus du mari elle peut s'adresser à la justice, ce que ne peut faire celle qui désire entreprendre le commerce.

En cas de séparation de fait, notamment, le refus du mari peut sembler suspect, le recours à la justice sera d'un précieux secours pour la femme (2).

Nous avons dit que le mari peut poursuivre l'annulation de la convention passée par l'épouse non autorisée en ce que l'exécution porte préjudice aux intérêts de la famille. Nous pouvons ajouter qu'il aura même dans certains cas, contre le tiers qui a traité avec elle, une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382 du Code civil. Il a été statué dans ce sens avec raison par le tribunal de Paris, le 20 juin 1903, à l'égard d'un entrepreneur de spectacles qui avait passé outre à l'opposition formée par le mari et dont il avait eu connaissance. Le Tribunal a estimé qu'il y avait là les éléments d'un délit civil.

(1) L'autorisation expresse serait, si non nécessaire, tout aussi utile pour la femme séparée qui veut entrer dans le commerce, v. *supra*, p. 183.

(2) En tout ce sens, v. M. Abel Durand, *L'Autorité Maritale*, *op. cit.*, p. 202 et seq.

SECTION CINQUIÈME

Situation actuelle de l'Epouse séparée de fait.

Nous venons d'envisager les diverses difficultés que suscite la séparation de fait, et de donner pour chacune d'elles la solution qui nous a paru la plus juridique. Il convient maintenant, après ces discussions, de jeter un coup d'œil d'ensemble sur la situation actuelle de l'épouse séparée de fait, et de dégager l'influence qu'apporte la séparation non légalement consacrée dans les relations juridiques de la femme avec les tiers en nous plaçant non plus sur le terrain du droit pur, mais sur celui de la réalité.

I. — Actes Ménagers.

Avant tout la femme est appelée à pourvoir à son entretien, à sa nourriture, à son existence quotidienne, parfois même à celle de ses enfants si elle les emmène avec elle ou si le mari a abandonné le domicile conjugal.

Elle n'a cependant plus qualité pour passer ces actes de chaque jour ; le mandat que l'on peut reconnaître en temps normal, tant que la vie des époux se poursuit régulière, ne

subsiste plus. En outre, refusant en cette matière de reconnaître aux tiers la qualité de créanciers de la femme, puisqu'elle ne pourrait agir que comme mandataire du mari seul tenu des dettes du ménage, nous avons dénié aux tiers le droit de se prévaloir de l'article 1166 contre le mari, ainsi que de l'action directe contre la femme fondée sur ce que celle-ci serait autorisée, car nous avons rejeté l'autorisation tacite.

La femme va-t-elle par suite, être réduite à la misère ? Il ne faut pas s'exagérer l'importance de cette pénible situation.

D'abord rien ne l'empêche de payer comptant ; son crédit seul est tué.

L'est-il même complètement ? C'est le moment de résumer toutes les théories émises sur ce point en montrant la manière dont elles seront appliquées par la combinaison du mandat et de la bonne foi.

Le tiers se trouve protégé par sa bonne foi contre l'extinction du mandat ; et, dans ce cas, quelle que soit la cause de la séparation, fût-elle imputable à la femme, le tiers peut réclamer au mari le montant intégral des fournitures non exagérées, voire même si le mari sert une pension à sa femme.

Ce résultat peut choquer au premier abord les partisans du système qui consiste à admettre en principe la survivance du mandat à la séparation de fait, et à la rejeter seulement en cas de faute de la femme. En effet, la raison principale pour laquelle ils se décident à admettre cette distinction est bien plus l'équité que l'étude et l'application des textes. Le grand

grief qu'ils peuvent nous adresser est de ne pas respecter l'équité, notamment : *a*) de sacrifier au tiers le mari dont les intérêts sont les premiers respectables en cas de faute de la femme, car nous refusons alors à la femme une pension et nous décidons pourtant que le mari est tenu des fournitures à elle faites par le tiers de bonne foi, ce qui est indirectement lui accorder la pension refusée ; *b*) et surtout de sacrifier la femme en cas de faute du mari, car le mandat ne subsiste plus et le tiers de mauvaise foi ne peut s'en prévaloir.

Avant de montrer que notre système n'aboutit pas à de trop rigoureuses solutions, nous pouvons remarquer que s'il diffère en droit, le plus souvent il ne différera pas dans ses applications de celui de nos adversaires (1) (en omettant à dessein les variantes de chaque doctrine). Dans nombre de cas, en effet, la séparation sera due au mari ou sera volontaire, et le tiers invoquera sa bonne foi : dans les deux théories on fera application du mandat.

Quant aux reproches que nous venons de formuler au nom de l'équité, nous ne saurions d'abord oublier que nous ne faisons que nous conformer au droit.

Et considérons bien comment vont s'appliquer les théories émises. Ce n'est guère à nos adversaires à nous reprocher de

(1) Voici exactement dans quels cas notre système diffère en théorie de celui-ci : si le tiers connaît la séparation nous admettons qu'il n'a aucun recours contre le mari coupable. Par contre, s'il l'ignore, il peut s'adresser au mari non coupable.

sacrifier l'équité alors que, par le jeu des circonstances, les systèmes ne diffèrent guère dans les applications de chaque cas et, par suite, celui de la survivance du mandat n'est pas lui-même exempt de critique à cet égard. Ce qui appelle une réforme indispensable.

I. — Le tiers est-il de mauvaise foi, c'est-à-dire connaît-il la séparation ou est-il en faute de l'avoir ignorée, nous ne saurions en aucun cas parler de mandat. Rien que de très équitable vis à-vis du tiers puisqu'il sait à quoi s'en tenir.

Voyons le résultat pour le mari. Il faut distinguer. S'il y a faute de l'épouse, tout le monde est d'accord pour admettre cette solution, car l'équité se trouve respectée. Une exception est cependant faite pour les fournitures qui concernent les enfants. Et au surplus le tiers a contre la femme l'action *de in rem verso* ; il peut lui réclamer l'enrichissement dont elle se trouve profiter.

S'il y a faute du mari, évidemment nous privons la femme de tout moyen de crédit. Mais nous savons qu'elle peut réclamer une pension alimentaire, laquelle lui sera facilement accordée. Ce qui est supprimé, ce n'est donc pas sa subsistance, c'est le crédit ; elle ne pourra que réclamer sa pension, puis payer comptant. Le fournisseur lui-même qui contracterait avec elle aurait contre le mari l'action *de in rem verso* qui égalera bien souvent le montant de la fourniture, celle-ci enrichissant le mari d'autant en le déchargeant dans cette mesure de sa dette alimentaire. Le mari se trouvera condamné directement à la pension au lieu de l'être indirectement. Il est cependant hors de doute que le

tiers n'aurait plus cette action si le mari remplissait son obligation en servant une pension.

Dès lors, connaissant la séparation, le tiers aura certes à s'inquiéter de la cause de cette séparation pour savoir s'il possède l'action *de in rem verso* : Il aura surtout dans ce dernier cas à rechercher si le mari sert une pension suffisante à sa femme ; sinon c'est à ses risques qu'il contracte avec elle. Aussi s'abstiendra-t-il volontiers de traiter.

Si nous appliquons l'autre système, nous devons reconnaître que le tiers aura plus d'intérêt encore à demander à la femme à qui est due la séparation, puisqu'il aura un recours contre le mari en cas de faute de sa part, ou de séparation conventionnelle et seulement dans ce cas, et encore lorsque le mari ne sert pas de pension. Ce tiers se contentera-t-il de l'affirmation de la femme qui sera portée à imputer la séparation à son mari ? Comment en sera-t-il certain, et ne sera-t-il pas tenté soit de recourir à une enquête qu'il vaudrait mieux à tout prix écarter, soit plus généralement de refuser tout crédit à la femme par crainte de n'être pas payé intégralement, ou de traiter avec elle à des conditions désavantageuses pour cette dernière ? La femme sera alors contrainte, si cela se réalise, à se faire servir d'abord sa pension alimentaire et payer comptant. Or, c'est le résultat de notre système.

L'autre, au premier abord, plus équitable pour l'épouse, le plus souvent équivaut, en réalité, au nôtre.

II. — Le tiers est-il de bonne foi, nous avons décidé que l'extinction du mandat lui est inopposable : le mari sera tou-

jours tenu des fournitures à son égard. C'est une solution équitable pour le tiers.

Considérons les époux. Y a-t-il faute du mari, l'autre système décide aussi que ce dernier est tenu des fournitures, pour la raison, il est vrai, que la pension alimentaire subsiste. N'importe, le résultat est le même. Ajoutons, toutefois, que si le mari sert la pension dont il est tenu, nos adversaires n'admettent plus le mandat (quelques-uns, très peu, admettent le bénéfice de la bonne foi). Or, c'est là un point dont on s'assure difficilement. De sorte que le tiers ne se trouve vraiment pas considéré : ne vaut-il pas mieux, au nom de la justice, qu'un mari paie deux fois plutôt que d'exposer un tiers qui ignore la situation à supporter les conséquences de cette faute en risquant de n'être pas désintéressé ?

S'il y a faute de la femme, sans doute le mari va être tenu. C'est là le plus grave grief que l'on puisse faire à notre théorie : comment ! Le tiers va poursuivre un mari non coupable ! Et l'autorité maritale, ne prime-t-elle pas tout dans l'esprit de la loi ?

Observons, en premier lieu, que plusieurs des auteurs qui admettent l'extinction du mandat dans cette hypothèse en même temps prennent en considération la bonne foi des tiers (nous pouvons citer, à cet égard, Aubry et Rau et Marcadé), ce qui amoindrit déjà la portée et de l'objection. Par ailleurs, ceux qui rejettent la bonne foi aboutissent à protéger les tiers de bonne foi, en leur donnant un recours,

s'il y a faute du mari mais non s'il y a faute de la femme. Et pourtant leur conduite est la même.

En outre, il est au fond exagéré de prétendre que le mari soit sacrifié. De deux choses l'une : ou il tolère la séparation de sa femme, il la laisse vivre en dehors du toit conjugal, on retombe dans le cas de séparation conventionnelle, et il n'y a rien que d'équitable à lui appliquer les conséquences de cet état illégal, notamment le recours des tiers qui n'ont pas connu la séparation. Ou il ne la tolère pas, c'est-à-dire il cherche à faire réintégrer à sa femme le domicile commun ; il n'a qu'à le faire sans tarder, il a à sa disposition différents moyens pour cela. Et il doit accomplir ses devoirs de mari : le premier de tous est certainement de constituer les tiers de mauvaise foi par des insertions dans les journaux et des notifications individuelles aux fournisseurs connus. De la sorte, ceux-ci n'auront plus aucune excuse en faisant crédit à la femme.

Qu'on ne vienne pas dire qu'elle n'aura qu'à s'adresser à d'autres fournisseurs : car, n'étant pas les fournisseurs habituels, ils seront en faute de ne pas se renseigner sur sa capacité, la simple déclaration de sa part qu'elle est capable ne suffisant d'ailleurs pas à enlever l'action en nullité au mari, car le tiers a le devoir de vérifier ses dires. Les manœuvres frauduleuses pourraient seulement, après la nullité prononcée, être la source d'une condamnation à des dommages-intérêts.

Et remarquons que nous supposons la séparation due à la femme, de sorte que dans cette hypothèse cette dernière ira,

la plupart du temps, résider dans une autre ville et ainsi la question de la bonne foi sera de nature à se présenter assez rarement.

Nous verrons plus loin si l'établissement du mandat légal de la femme mariée, désirable à certains points de vue, ne serait pas contraire à l'équité lorsque la femme séparée est en faute. Nous montrerons que l'utilité d'une solution unique en cette matière compenserait largement les quelques griefs de détail qui apparaîtraient inévitablement.

Loi de 1907. — Il est vrai que la loi de 1907, sans effet sur les actes ménagers d'une façon générale, est venue modifier toutes ces données à l'égard des femmes qui exercent une profession ou un commerce indépendant du mari : le tiers peut saisir les produits de leur travail ; elles se trouvent, par suite, capables de passer en leur nom propre des contrats d'entretiens dont leur salaire ou leurs gains, mais ces biens réservés seuls, garantissent l'exécution.

Encore faut-il distinguer : si la femme est commerçante, l'utilité de la loi est manifeste, car elle a pour effet de lui donner une capacité assez étendue, ses gains étant, bien qu'aléatoires, assez importants. Si elle exerce une profession, ses salaires seront moins considérables.

Et la femme, il faut le reconnaître, se montrera, dans les petits ménages, très nombreux, fort peu pressée de payer ses fournisseurs, sûre qu'elle sera que le mari, ne se trouvant pas obligé directement envers le tiers, ne lui remboursera pas ce qui n'est, bien souvent, qu'une avance. En effet, la saisie-arrêt établie par cette loi n'est possible que contre le

mari qui travaille ; or, c'est quand l'épouse est abandonnée qu'elle aurait besoin de protection et c'est dans ce cas, justement, que le mari ne subviendra pas à la dépense pour sa part et qu'elle ne pourra l'y forcer, son recours étant certainement illusoire.

Ce n'est qu'au cas où la séparation est due à elle-même qu'elle s'exécutera nécessairement. Sinon, pour la raison que nous venons d'indiquer, elle s'abstiendra de payer. Or, le créancier ne pouvant poursuivre le mari que d'après l'action *de in rem verso* préférera poursuivre la femme tenue directement et entièrement sur ses biens réservés. Elle supportera ainsi définitivement la dette.

Cette solution demande un correctif. Il faut considérer, en effet, que si, en dehors de cette loi, le mari est seul tenu des dépenses d'entretien, c'est que sous tous les régimes les ressources du ménage se trouvent concentrées entre ses mains. Sous le régime dotal ou de séparation de biens, la femme verse au mari sa contribution aux charges (cela est vrai, même de la séparation de biens judiciaire) ; et sous celui de communauté, le mari a l'usufruit des propres de la femme et centralise les gains des époux. Les rôles semblent, ici, changés au détriment de la femme. Et cette conséquence avait déjà été prévue par M. Baudry-Lacantinerie (1) ; elle ne saurait être éludée toujours par la récompense à laquelle la femme aura droit, car elle risque l'insolvabilité du mari. Le divorce même ne serait pas un remède.

(1) Voir MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, préface, p. 25.

Nous verrons d'ailleurs à propos du mandat légal qui ne serait que la généralisation de cette mesure, que le résultat est difficile, sinon impossible à éviter.

Il se trouve au surplus compensé par une autre conséquence, celle-ci avantageuse pour la femme et dont cette dernière, séparée de fait, ne manquera pas de profiter à l'occasion. Rien n'empêche la femme qui touche son salaire, au lieu de l'employer aux dépenses du ménage, de le garder pour son usage personnel, ou de le déposer chez ses parents, voire d'acheter avec lui des valeurs au porteur, et de forcer le mari à payer intégralement les dépenses occasionnées par l'entretien du ménage et des enfants. Elle sera censée avoir disposé entièrement de son salaire comme elle en avait le droit ; le mari devra prendre à sa charge toutes ces dépenses et lui verser son propre salaire tombé en communauté. Et c'est à remarquer même qu'à la dissolution de la communauté, si la femme renonce à celle-ci, le mari n'aura aucun moyen de faire tomber en communauté les biens réservés.

Le mari pourrait seulement, pendant le cours du mariage, en se fondant sur l'article 2 de la loi de 1907, enlever à l'épouse ces pouvoirs dont elle abuse ; son devoir est de la surveiller.

II. — Actes permis à la femme.

La femme est appelée à faire une série d'actes qui l'intéressent personnellement, et dont nous avons donné une énu-

mération succincte. Pour beaucoup d'entre eux des textes spéciaux lui accordent expressément le droit de les passer. Des textes récents en ont encore augmenté le nombre :

Elle peut placer ses économies dans les Caisses d'Épargne, opérer des versements à la caisse des retraites, ainsi que dans les sociétés de secours mutuels. Si elle exerce un commerce ou une profession, elle peut faire emploi de ses bénéfices ou les réserver aux charges du ménage.

Mais les actes les plus importants lui restent défendus : ainsi elle ne peut acquérir d'immeubles, ni vendre, donner ou consentir aucune hypothèque.

Nous aurons à voir si l'on ne pourrait pas sans danger étendre la capacité civile de la femme, en augmentant le nombre des actes valables sans autorisation.

III. — Profession et Commerce.

La grande difficulté a trait à l'exercice d'un commerce ou d'une profession. Car nous touchons là au problème le plus important peut-être à résoudre et le plus controversé.

Tout d'abord si la femme exerce le commerce et la profession lors de la séparation, tout le monde est d'accord pour lui reconnaître comme par le passé le droit de continuer et de faire sans autorisation spéciale les opérations nécessitées par ce commerce ou cette industrie. Elle n'a plus à craindre, depuis la loi de 1907, que le mari ne touche son salaire et ne le dissipe pour ses plaisirs. Malheureusement, comme nous

l'avons vu, elle supportera parfois seule les charges du ménage.

Mais si le commerce est exercé par elle au nom du mari ou conjointement avec lui, la femme eût-elle le principal rôle dans la gestion du fonds, nous sommes obligés de reconnaître que, la séparation survenant, le mandat ne peut plus subsister, car il suppose deux volontés concordantes.

Est-ce à dire qu'elle va alors exercer le commerce pour elle-même ? Elle ne peut y être autorisée tacitement ; d'où nous concluons négativement. Au reste, le commerce reste comme par le passé au nom du mari. Il faudrait plutôt parler selon nous de gestion d'affaires.

En effet, la question ne se présente que s'il y a abandon du mari. La femme ne faisait pas le commerce pour elle-même, puisqu'elle agissait comme préposée de son conjoint ; elle n'entend certes pas que la situation soit changée. C'est donc bien dans sa pensée l'affaire du mari qu'elle entend gérer.

Cette situation assez logique n'appelle aucune réforme.

Hélas ! pourquoi faut-il que le Code se taise pour le cas où la femme veut, peut-être parce que le besoin l'y pousse, entreprendre le commerce ou se livrer à une profession ? La jurisprudence rend ici les décisions qui lui sont dictées par l'équité, la partialité règne en maîtresse.

Un premier point est acquis : elle peut entreprendre le commerce au vu et au su de son mari. Celui-ci étant libre de s'y opposer, on conclut de son silence à son autorisation. Notons seulement que cette condition sera moins facilement

remplie en cas de séparation de fait. On ne saurait non plus induire de sa faute pour permettre à la femme délaissée de se passer de son consentement ; le commerce a une répercussion trop grande sur la famille et les intérêts communs pour l'admettre.

Mais pour la profession nous avons établi qu'il était nécessaire que la femme eût un consentement exprès de son mari ; les textes du Code semblent bien l'exiger.

Aucune critique ne peut être adressée à cette règle. Le consentement tacite serait plus difficile ici à vérifier, car il est tel de ces professions qu'on ne peut affirmer approuvées par le mari que s'il y a autorisation expresse de sa part. En général, elles sont changeantes de leur nature, en ce sens que la femme peut en changer comme elle veut, la profession n'engageant pas de capitaux sédentaires comme le commerce. Comment peut-on être sûr que le louage de services, contrat d'une durée limitée (c'est même son caractère légal), actuellement passé par la femme, soit connu de son mari, surtout si elle est séparée ?

Et, pour les raisons indiquées à propos du commerce, on ne saurait dispenser la femme de demander l'avis du mari, bien qu'ici la profession ait une moins forte répercussion.

Voyons cependant combien sera délicate la situation d'une épouse abandonnée qui, dans l'aisance tant que son mari était auprès d'elle, se trouve obligée de se livrer à un métier quelconque pour pourvoir à son existence et faire vivre ses enfants. Il lui faut le consentement (tacite pour le commerce, exprès pour la profession) de ce mari qui est, elle ignore où,

et qui, en tous cas, ne sera pas pressé de le lui fournir. Peut-être sachant que sa décision est souveraine, et qu'aucune disposition ne permet de faire échec à sa mauvaise volonté, lui refusera-t-il ce consentement dans un seul but de chantage, et il est à craindre qu'il ne se fasse payer cher ce consentement indispensable.

Nous avons vu, en effet, qu'en l'état actuel de nos textes, l'autorisation de justice ne pouvait suppléer à celle du mari pour le commerce. Et quant au choix de la profession, si nous avons conclu, en admettant la validité de l'autorisation de justice après refus injustifié du mari, nous avons dit que beaucoup, en se basant sur de sérieuses raisons, en étaient encore à méconnaître la légalité de cette autorisation.

En sorte que la femme ne peut vraiment profiter du bénéfice de la loi du 13 juillet 1907 que si elle exerce réellement le commerce ou la profession au moment où intervient la séparation. Sinon elle est dénuée de toute protection efficace.

C'est là une grave lacune de notre droit, qui s'explique parce que lors du Code, la femme vivait surtout à l'intérieur de son foyer, et non au dehors. Il faut y remédier sans tarder. Il est nécessaire d'assurer à la femme séparée de fait des moyens de subsistance ; et si l'on ne peut la dispenser d'obtenir l'autorisation du mari, du moins faut-il, lorsque celui-ci refuse, réserver à l'épouse le recours à la justice. Nous verrons s'il ne convient pas même d'admettre la règle sans distinguer le temps de séparation du temps de vie commune.

Un changement législatif, en ce sens, aurait aussi ce ré-

sultat bienfaisant de faire cesser l'équivoque tenant au défaut de réglementation précise et qui rend flottantes et indécises doctrine et jurisprudence.

IV. — Actes susceptibles d'autorisation.

Quant aux actes qui sont défendus à la femme [et cela comprend les actes ménagers dans la mesure où le recours des tiers n'a pu être admis en vertu des règles posées plus haut], nous savons que le mari comme la femme peuvent en demander la nullité, si celle-ci les passe sans autorisation.

En effet, l'épouse séparée ne peut jouir d'une situation plus avantageuse que celle qui habite avec son mari. Peut-être celui-ci refusera-t-il de l'autoriser ; elle n'a qu'à s'adresser à la justice ; et si celle-ci refuse à son tour, ce sera la meilleure preuve que la demande n'est pas de toute nécessité. Les actes qui, de leur nature, sont susceptibles d'autorisation, sont d'ailleurs, bien que nombreux et à la différence des actes ménagers, assez rares dans la pratique.

La jurisprudence a récemment, au moyen de plusieurs théories, essayé d'enlever cette action en nullité. Certaines, comme le mandat et l'autorisation tacites, sont condamnées ; les autres sont appelées à subir le même sort. Notamment, elle tâche d'enlever à l'époux coupable son action en nullité :

1. Si c'est la femme, en appliquant la notion de quasi-délit. Mais cela ne peut se concevoir, si elle n'a fait, en contractant, aucune déclaration sur sa capacité, ou si elle a fait une déclaration mensongère que le tiers ait été à même de

vérifier ; aussi vise-t-elle uniquement le cas de manœuvres frauduleuses. Nous avons été obligés de conclure que cette hypothèse pouvait tout au plus donner au tiers une action en dommages-intérêts fondée sur le délit de la femme, mais non empêcher l'action en nullité dont le mari ne saurait sans aucun doute être dépouillé s'il n'a coopéré à ces manœuvres.

Et pourtant, il est des cas dans lesquels cette action en nullité devrait être enlevée à la femme. Nous rechercherons s'il ne faut pas la lui enlever dans ces cas ; et même nous examinerons s'il ne conviendrait pas de la lui enlever en toute hypothèse, ce qui, en cas de séparation de fait, présenterait pour les tiers une garantie sérieuse (à condition de ne pas être en opposition avec les principes généraux).

2. Si c'est le mari, en faisant intervenir l'idée d'abus du droit ou celle de quasi-délit, sans se fixer plus à l'une qu'à l'autre. D'ailleurs, en admettant leur valeur, ce serait pour le tiers l'occasion de procès difficiles à soutenir et souvent coûteux, car les preuves sont délicates, le tiers a à craindre de se voir reprocher son imprudence ; en un mot, tout est laissé à l'appréciation du juge.

De plus, l'idée d'abus du droit, encore mal définie, ne résiste pas à l'examen.

Et l'idée de quasi-délit n'est guère soutenable puisqu'on la rend corrélatrice du quasi-délit de la femme.

Celle de faute seule peut être admise et donner, comme nous l'avons vu pour la femme (ce n'est, somme toute, que l'application du droit commun), une action en dommages-

intérêts ; car nous ne croyons pas la réparation en nature possible.

Encore faut-il préciser cette action directe accordée, en vertu de l'article 1382 du Code civil, aux tiers contre le mari responsable d'avoir causé un dommage en laissant l'épouse vivre dans une situation irrégulière qui a facilité de sa part l'emploi de manœuvres de nature à les induire en erreur. Encore faut-il ne l'accorder que si ces tiers ont pris toutes leurs précautions pour connaître la véritable situation de la femme, et la leur refuser aussi bien contre le mari que contre elle, si la fraude a été le résultat d'une confiance aveugle de leur part.

Toutes ces explications s'appliquent aussi aux actes judiciaires.

Néanmoins, il serait bon d'empêcher parfois le mari d'agir en nullité sans recourir à la notion de faute. Des deux notions de quasi-délit et d'abus du droit, cette dernière est celle qui répond le mieux aux besoins. Nous sommes amenés à en faire une application en notre matière ; il serait utile de refuser dans certains cas, par un texte, l'action en nullité au mari en se basant sur l'abus du droit.

Enfin, quant à la nécessité même de l'autorisation matrimoniale, elle amène des hypothèses dans lesquelles l'épouse n'est vraiment pas protégée. Souvent, nous en avons fait la remarque à propos du commerce et de la profession, le mari sera tenté de montrer sa suprématie en reculant sa décision ou en forçant la femme à recourir à la justice. Certains maris ont été jusqu'à se faire des revenus en tarifiant leurs autori-

sations, alors que la femme avait fréquemment l'occasion de passer des actes de disposition ou d'exercer des actions en justice.

La réglementation de l'abus du droit pallierait, pour une large part, ce danger.

V. — Différences selon les régimes matrimoniaux.

Nous avons dit aussi que la séparation de fait n'avait aucune influence sur le régime matrimonial des époux, et qu'elle n'était pas en elle-même une cause de séparation de biens. Par contre, le régime matrimonial a une influence considérable sur la séparation de fait. On aperçoit facilement la différence de condition qui distingue la femme séparée de biens de la femme commune.

La première, souffrant peu de cette situation, peut se permettre sans danger un manquement au devoir de cohabitation (1). Elle administre ses biens, elle peut disposer de tous ses meubles et valeurs mobilières qui sont peut-être toute sa fortune, elle peut aliéner indéfiniment son mobilier (2). Elle peut s'obliger, même sur ses immeubles,

(1) V. *Supra* p. 46.

(2) Cour Colmar, 8 août 1820 (S. 21, 2, 266) et Tribunal Seine, 9 juillet 1872 (S. 72, 2, 208). Cependant un Tribunal (Cour Paris, 28 juin 1881. S. 51, 2, 337) a jugé que la femme ne peut aliéner son mobilier que pour les besoins et dans les limites de l'administration de ses biens. Depuis lors, ce dernier système tend à prévaloir. V. *affalion*, p. 173 et note 2 (arrêts cités).

sans autorisation pour tout ce qui concerne l'entretien du ménage (1), dans les limites de l'administration à elle permise par l'article 1449.

La femme dotale va être dans une situation aussi favorable. Les biens dotaux de la femme restent en principe inaliénables malgré la volonté contraire des deux époux, à moins de clause dans le contrat de mariage permettant l'aliénation (et alors on ne manque pas de prescrire le emploi). Rien n'est changé. Ce régime de protection va même prendre toute sa force dans le cas de relâchement des liens du mariage : c'est alors surtout que les biens vont avoir besoin d'être et vont être protégés. Mais il y a un contre-coup dans l'indisponibilité même de ces biens. La femme protégée contre le mari n'obtient pas plus de liberté pour cela ; si elle peut aliéner les biens à charge de emploi, il faudra le concours du mari pour le faire.

L'épouse commune, par contre, est exposée à voir gaspiller sa fortune, la mal gérer par le mari. Rien n'exige, en effet, la participation de la femme à l'administration des biens du ménage laissée au mari sans réserves, ou à celle de son patrimoine personnel.

S'il s'agit d'un immeuble commun, elle sera appelée par le tiers à concourir à l'acte, car il a intérêt à ce qu'elle lui cède son hypothèque légale ou qu'elle le subroge dans

(1) Cour Paris, 30 novembre 1899 (D 1900, 2, 105). M. Binet (p. 124) prétend le contraire

ses droits (1). S'agit-il d'immeubles propres à elle-même, elle a besoin de l'autorisation du mari pour consentir des actes de disposition et elle est dépouillée du droit de les administrer. Ce sera bien souvent une gêne pour elle.

S'il s'agit de valeurs mobilières communes ou qui lui appartiennent (car le tiers est souvent protégé à leur égard par la règle : En fait de meubles, possession vaut titre), qu'elle qu'en soit l'importance : créances, valeurs, fonds de commerce, offices ministériels, leur aliénation constitue un acte d'administration que le mari peut faire seul ; et sur ces biens elle n'a aucun pouvoir (2). Or, ces valeurs peuvent être toute la fortune de la communauté et toute la fortune de l'épouse ; il en sera ainsi de plus en plus à mesure que la fortune mobilière se développera. D'où pour la femme : aucun pouvoir ou concours obligé de son mari.

Combien différente est la condition de ce dernier : il peut grever les biens communs de toutes les dettes qu'il veut contracter : ainsi il peut emprunter pour lui-même, cautionner un tiers, sans que la femme ait été consultée ; le patrimoine commun va répondre de ces engagements. S'il contracte la dette, la femme, bien que n'étant pas partie au contrat, est obligée en tant que commune, comme codébitrice, car l'époux est réputé agir dans l'intérêt commun. Il peut aller

(1) Pour les engagements du mari, on verra souvent le tiers demander à la femme de s'obliger solidairement avec lui ; ce qui sera un contrôle.

(2) Il y a doute pour les valeurs propres. MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville ne voient pas dans leur aliénation un acte d'administration (n° 759, p. 632).

jusqu'à laisser perdre les biens de communauté ; il n'en est pas comptable vis-à-vis de sa femme.

A moins toutefois qu'il y ait fraude de sa part. Nous citerons en ce sens un arrêt de la Cour de Paris (1) qui condamna la succession d'un mari à faire récompense à la communauté du montant des arrérages que lui avait servis un débi-rentier et qu'il avait entièrement dissipés, alors qu'il avait pris dans la caisse commune le capital nécessaire au service de cette rente. Les époux vivaient séparés de fait. C'est parce qu'il y avait eu fraude en vue de fruster la communauté et, par suite, la femme du capital aliéné que la récompense fut exigée. Mais le débi-rentier était protégé contre l'annulation de la constitution de rente viagère.

Toutes les garanties dont la femme est entourée (reprises, récompenses, hypothèque légale, indemnités) n'ont aucune répercussion à l'égard des créanciers. L'hypothèque légale sera inefficace si le mari ne possède pas d'immeubles.

Ce ne sera dès lors pas rare de voir la femme sacrifiée, non pas tant s'il y a faute de sa part (dans ce cas le mari gèrera comme par le passé, et au surplus elle n'aurait qu'à s'en prendre à elle-même), mais surtout s'il y a faute du mari. La force-t-il à le quitter, il va dilapider la fortune dont il a la direction exclusive et elle va assister impuissante à sa ruine, n'ayant que la ressource de demander la séparation de biens... quand il sera souvent trop tard. Abandonne-t-il son épouse, les biens vont se trouver délaissés, la femme n'ayant aucun pouvoir pour les administrer.

(1) Cour de Paris, 21 juillet 1871 (S. 72, 2, 301).

Ne nous exagérons pas cependant sa condition : elle est entourée, à la dissolution de la communauté, d'une foule de garanties (prélèvements, renonciation, bénéfice d'émolument); et son concours nécessaire aux actes les plus importants : emprunts, actes de disposition, s'il est une gêne, est aussi une sauvegarde. En outre, pour nombre d'opérations elle a aujourd'hui une pleine capacité. En fait donc la femme commune n'est pas inactive et le mari tout puissant. Ce sur quoi nous insistons, c'est sur la possibilité pour celui-ci, sous ce régime, d'entraver l'activité personnelle de l'épouse et d'abuser de l'étendue de sa liberté.

Si donc la femme séparée de biens a une condition satisfaisante, et si la femme commune trouve dans cette situation des conditions d'existence parfois impossibles, il y aura lieu de se demander s'il ne conviendrait pas de permettre à l'épouse délaissée de demander la séparation de biens.

DEUXIÈME PARTIE

LES RÉFORMES

GÉNÉRALITÉS

Comment comprendre les Réformes.

Les remarques que nous avons faites tout en prouvant que la condition des femmes séparées de fait reste sous l'empire des principes généraux du droit, et celles qui découlent de l'aperçu que nous venons de donner de leur situation, nous montrent par là combien il serait nécessaire d'apporter des améliorations en cette matière, et combien est vraie ici la remarque générale que faisait M. Tissier dans un rapport présenté à la Société d'Études législatives (1) :

« Ces textes (du Code) ne sont plus en harmonie ni avec

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, année 1901-1902, p. 26.

« notre manière de penser, ni avec notre manière de vivre.
« On évite constamment de les appliquer ; et quand leur ap-
« plication a lieu, elle aboutit souvent à de grandes injus-
« tices. Cela apparaît tout d'abord, si l'on considère les dis-
« positions du Code civil sur l'incapacité de la femme mariée
« si exagérée, si mal définie. Cela apparaît aussi lorsque dans
« le régime de communauté sous lequel vivent, en France,
« presque tous les ménages, on constate les pouvoirs exor-
« bitants du mari établi sans mesure, sans limite et sans con-
« trôle, chef et maître de la Communauté... Enfin, cela appa-
« raît encore si l'on remarque que le rôle si grand, si
« nécessaire de la femme dans la famille, sa participation à
« la direction quotidienne des affaires du ménage, son droit,
« son obligation d'y veiller sans cesse restent ignorés du lé-
« gislateur ».

On pourrait croire à première vue que cette question des réformes à apporter dans les conditions de vie juridique de la femme séparée de fait est mal posée, et que la seule réforme vraiment intéressante serait de consacrer la séparation de fait en régime légal.

Ainsi toutes les difficultés que nous avons rencontrées disparaîtraient. De sérieuses raisons peuvent être produites pour établir un régime de séparation de corps volontaire, intermédiaire au point de vue des rapports personnels des époux entre la vie commune et la séparation de corps prononcée en justice, ou même supplantant totalement celle-ci et analogue dans ses effets à cette dernière.

Nous n'en nions pas l'utilité (1). Car la séparation de corps telle qu'elle existe ne se différencie pas assez dans ses causes avec le divorce. Pourquoi, si des époux, ne pouvant s'entendre, veulent se séparer momentanément, sans recourir à la justice, les en empêcher en suspendant sur eux la menace d'appliquer les règles inflexibles du droit? N'est-ce pas les forcer indirectement à commettre quelque acte qui leur ouvre la séparation judiciaire? On pourrait espérer, en rendant plus faciles ces séparations volontaires, diminuer le nombre des séparations de fait, diminuer surtout peut-être le nombre des divorces, et affermir par suite les ménages. Le Code italien admet cette séparation volontaire, homologuée par le Tribunal (art. 158).

Nous verrions notamment avec plaisir établir cette séparation légale comme préliminaire au divorce : du jour où l'on rétablira le divorce par consentement mutuel (nous estimons nécessaire cette réforme), ce serait là une étape obligée. Il serait indispensable d'organiser une période préalable de séparation forcée, au bout de laquelle seulement les époux pourraient demander le divorce. Autrement, les divorces par consentement mutuel se propageraient trop vite et seraient trop souvent le résultat de coups de tête sans lendemain (2).

(1) Voir sur cette question la thèse de M. Choquet. Il propose dans cet ordre d'idées plusieurs réformes intéressantes, et préconise une organisation légale de la séparation de fait (p. 213 et seq. et son projet de loi, p. 229).

(2) Voir le Code saxon (art. 1733 et 1736) et le Code suédois (art. 1734).

Nous ne pensons pas que toutes les difficultés seraient par là vaincues. Cette séparation volontaire devrait être entourée de garanties, car elle constituerait de sa nature un régime essentiellement passager destiné à disparaître tôt ou tard ; il ne pourrait suffire de la seule volonté de l'un des époux de le faire naître à son gré. M. Laurent, dans son avant-projet, exige l'intervention de la justice, car il craint qu'autrement l'époux qui a les torts (et il y en a toujours un) ne dicte ses conditions à l'époux innocent et ainsi ne lui extorque de nouvelles concessions. L'intervention du juge serait une garantie pour ce dernier (1).

Et encore faudrait-il qu'une publicité bien comprise garantisse les intérêts de la Société. Si la justice n'avait plus à intervenir pour vérifier si telle cause de séparation invoquée existe réellement, du moins une homologation de la volonté des époux, afin de conférer l'authenticité à cette décision modifiant un état des personnes, serait nécessaire. Il importe à la société que la séparation des époux, autant que leur union même, intervienne dans une forme régulière. Autrement l'on ferait de la séparation un jeu du mariage ; et nous ne voyons pas en quoi il se distinguerait de l'union libre.

M. Laurent rejette d'ailleurs le système de l'homologation, préférant un jugement, car alors la volonté des époux ne suffit plus. Ne semble-t-il pas ainsi exiger des motifs sérieux de séparation ? « Le relâchement des liens du mariage, dit-il, est essentiellement d'ordre public ». Il voudrait au début une

(1) M. Laurent, avant-projet, tome II, p. 67, art. 269.

tentative de conciliation, à la suite de laquelle serait prononcée, si les motifs sont sérieux, la séparation, et, s'ils ne le sont pas, une séparation provisoire pendant une durée au bout de laquelle la séparation définitive serait prononcée lorsque les époux ne se seraient pas réconciliés (1). Les conventions des époux réglant la garde et l'éducation des enfants, la pension alimentaire et leurs droits respectifs sur les biens seraient aussi soumis à l'homologation du Tribunal (2).

On pourrait, ce nous semble, se contenter d'une ordonnance du Président du Tribunal suspendant provisoirement la vie commune après essai de conciliation, et établir ensuite une publicité semblable à celle des demandes en séparations de biens (Code procédure civile, art. 366 à 368) : affichages et insertions (3).

Il y a d'ailleurs un danger à ériger la séparation de fait en régime légal. Ou l'on attribuerait à cette séparation amiable des effets moindres qu'à la séparation de corps actuelle, par exemple en n'accordant pas à la femme le droit d'aliéner ses immeubles ou en maintenant le régime quand elle ne demanderait pas la séparation de biens. Cela, notons-le, nous serions obligés de l'admettre, sous peine de voir des époux ne se servir de la réforme que comme procédé pour rendre à l'épouse une plus grande capacité, c'est-à-dire pour modifier à leur gré leur régime :

(1) M. Laurent, avant-projet, p. 69 et 70.

(2) M. Laurent, avant-projet, art. 270.

(3) En ce sens, M. Laurent, art. 269 de son avant-projet : « Le Code de procédure civile réglera les formes de la demande ».

peut-être même, en vue d'un acte juridique déterminé ou un ensemble d'actes (ce serait fréquent pour les successions mobilières) verrions-nous les époux recourir à ce moyen et, l'acte ou la série d'opérations une fois réalisés, reprendre la vie commune qu'ils n'auraient parfois jamais cessé de pratiquer (1). Avec ces effets moindres on ne ferait que compliquer le droit en ajoutant une nouvelle classe de règles, et en formant ainsi quatre états successifs possibles dans le mariage : vie commune, séparation volontaire, séparation de corps telle qu'elle existe actuellement, divorce. C'est précisément l'écueil qu'il faut éviter. A moins qu'on n'édicte que des règles concernant le rapport des époux entre eux, et qu'on continue d'appliquer aux biens les règles normales. Les réformes que nous allons étudier recevraient ici leur application.

Ou l'on attribuerait à cette séparation, comme nous l'avons souhaité, les effets de la séparation de corps ; et cette réforme ne serait, somme toute, qu'une modification du régime actuel de séparation de corps, modification dans les causes, dans la procédure. Les formalités observées, les époux seraient régis par nos textes concernant les époux

(1) Cependant cette objection ne rebute pas M. Choquet qui voudrait que la séparation de fait emporte séparation de biens et relève la femme de son incapacité ; car cette incapacité, il la juge arbitraire dans son principe. Mais alors qu'il la raye du Code lui-même ! Loin de consolider le mariage comme il le souhaite, combien son système n'en relâcherait-il pas les liens par la fréquence des séparations qu'il susciterait ?

séparés de corps. C'est à cela que se ramène, en définitive, la séparation volontaire dont parle M. Laurent.

Il n'en resterait pas moins que des époux se sépareraient encore (et nous en croyons le nombre élevé) sans observer ces formalités ; et la question se poserait toujours aussi fortement de l'influence de cette séparation, état illégal, sur la condition de la femme. Voilà la raison pour laquelle nous n'avons pu suivre dans ses conclusions M. Choquet : il arrive à traiter d'une séparation de fait consacrée par la loi, c'est-à-dire qui n'en est plus une. Or, il ne dit plus rien du cas de séparation de fait proprement dit, du cas où les formalités ne seraient pas observées.

C'est cette question ainsi définie et précisée : « Quelle doit être la condition de vie juridique d'une femme séparée de son mari en fait, c'est-à-dire en dehors de toute consécration de droit, dans ses rapports avec les tiers? » que nous devons examiner.

Un coup d'œil rapide sur certaines législations étrangères va nous donner une première idée de ce qu'on pourrait tenter chez nous ; il ne peut qu'être utile de s'inspirer des résultats acquis chez nos voisins. A ce titre la Belgique, l'Angleterre, l'Allemagne et la Suisse nous paraissent seules dignes de retenir notre attention.

SECTION PREMIÈRE

Législations étrangères.

I. — Belgique.

La Belgique, à part quelques points de détails, visés par des lois particulières, se trouve régie par notre Code civil.

Un avant-projet de loi, il est vrai, a été établi par M. Laurent, sur la demande du ministre de la Justice. S'il était voté sans changement, il modifierait entièrement les théories actuellement admises en notre matière, puisqu'il ne tend rien moins qu'à supprimer complètement l'autorité maritale.

Cependant nous élevons des doutes sur son admission ; le vote n'ira pas au moins sans discussions et sans amendements. Tout porte à croire que le résultat sera une extension, dans une notable mesure, de la liberté de la femme ; mais que le principe même de la puissance maritale sera maintenu, les Belges ayant une tendance marquée à faire la part de la tradition.

Aussi nous contenterons-nous de parler du système imaginé par M. Laurent en traitant des réformes.

Nous nous en voudrions de ne pas signaler la loi du 10 mars 1900 (1) relative au contrat du travail. En vertu de cette loi (2), « la femme mariée est capable d'engager son travail moyennant l'autorisation expresse ou tacite de son mari. A défaut de cette autorisation il peut y être suppléé par le juge de paix, sur simple réquisition de la femme, le mari préalablement entendu ou appelé ». Cette loi est étendue à toute femme mariée qui engage son travail personnel (art. 38). On sauvegarde ainsi le droit du mari, mais on ne la laisse pas sans défense contre sa mauvaise volonté. Il serait à souhaiter vraiment qu'une disposition analogue passe dans nos lois.

Et (article 30) la femme peut toucher seule son salaire, sauf opposition du mari, et en disposer pour les besoins du ménage.

Il est regrettable que cette loi de 1900, faite seulement pour la femme ouvrière, soit inapplicable à celle qui exerce un commerce.

II. — Angleterre.

Pendant longtemps, en Angleterre, par suite du système

(1) Pasinomie belge, 1900, p. 83.

(2) Le projet du gouvernement portait : « La femme mariée est capable d'engager son travail sans le consentement de son mari, sauf opposition de celui-ci notifiée au chef d'industrie. La femme peut se pourvoir contre cette opposition devant le juge de Paix qui statue, sur simple réquisition, les parties entendues ou dûment appelées ».

de la Common-Law, le mari était propriétaire des biens meubles de sa femme et des gains qu'elle réalisait pendant le mariage, et il avait l'administration et la jouissance de ses immeubles totalement inaliénables. Elle-même, exposée au dénûment, restait sans protection. Il est vrai que les Cours d'Equité avaient tempéré ces rigueurs par la création des trustees, propriétaires légaux des biens de la femme.

En vertu d'un bill de 1857, la femme abandonnée par le mari put solliciter du magistrat une ordonnance lui garantissant la propriété des biens qu'elle acquérait ou gagnait depuis le jour de l'abandon. Hors cela c'était encore la dépendance complète.

Un Act de 1870 lui assura même la propriété exclusive de certains biens, notamment de tous ceux qu'elle pouvait acquérir par un commerce ou un métier séparé. Dès lors elle put en disposer en dehors de tout contrôle marital. Mais elle restait incapable de s'obliger personnellement ; elle n'avait qu'une capacité réelle.

Depuis un Act du 18 août 1882, et en vertu de cet Act (1), tous les biens mobiliers et immobiliers, même les créances, qu'ils soient possédés par elle lors du mariage ou qu'elle les acquière dans la suite par succession ou à titre de bénéfices professionnels, lui sont déclarés propres. Elle a sur eux la même capacité que si elle n'était pas mariée : droits d'administration et de disposition, droit de les engager par con-

(1) Voir M. André Chéron, *La femme mariée anglaise*, Thèse Paris, 1906 et M. Aftalion, p. 225.

trat (1), droit d'ester en justice sans autorisation, droit d'entreprendre un commerce ou une profession. La femme mariée a sensiblement la même capacité que la femme non mariée.

Dans les cas où elle contracte comme mandataire du mari, elle doit être assimilée en tous points à un mandataire ordinaire. Notamment il n'y a plus de présomption légale de mandat tenant au mariage ; par suite, le mari peut prouver qu'il n'y a pas mandat. Quelques exceptions sont admises : ainsi la jurisprudence décide que l'épouse peut engager le crédit de son mari pour les dépenses nécessaires lorsque celui-ci l'a abandonnée et laissée sans ressources, ou encore si, à la suite d'une séparation volontaire, celui-ci ne sert pas la pension promise.

Qu'on juge par là à quel point la séparation de fait se distingue peu de la vie commune dans cette législation à laquelle, à part celle de certains Etats des Etats Unis qui a servi de base à la loi anglaise, aucune autre ne ressemble. La séparation de fait n'a aucune répercussion sur la condition juridique de la femme.

Cependant celle-ci peut être considérée comme mandataire de son mari pour les dépenses nécessaires du ménage. Sur ce point la jurisprudence est assez confuse : c'est que deux notions différentes sont en jeu. Tout d'abord le mandat relatif aux besoins du ménage repose, non sur une fiction légale, mais sur l'intention présumée des parties découlant de la

(1) Un act de 1893 rend la capacité contractuelle de la femme indépendante de l'existence de biens séparés au jour du contrat,

cohabitation ; donc il ne subsiste plus, et en n'importe quel cas, s'il y a séparation de fait. Le mandat étant indépendant du mariage, le tiers ne saurait compter sur la responsabilité du mari.

En second lieu, comme nous l'avons dit plus haut, la femme, autorisée ou non, a le droit d'engager le mari s'il ne remplit pas le devoir d'entretien mis à sa charge. Dès lors, s'il l'abandonne, s'il la renvoie du domicile conjugal, elle n'en continue pas moins à l'obliger par les engagements qu'elle contracte pour son propre entretien ; au contraire, en cas de faute de sa part, le mari est dégagé. Mais il ne saurait s'agir de mandat ; l'action qu'ont les fournisseurs est simplement l'action *de in rem verso*. Ainsi faut-il comprendre selon nous le mandat forcé dont parle la jurisprudence en cette seconde hypothèse.

Remarquons en outre que dans le cas où la séparation est due à la femme, si elle ne peut plus engager le mari, elle est, d'après les principes généraux, capable de s'obliger personnellement (1).

Il est d'ailleurs assez difficile d'apprécier le résultat de cette législation. Et ce régime d'indépendance des époux, qui se comprend en Angleterre où les femmes, plus libres, ont une conscience marquée de leurs droits, s'ajoutant à un tempérament hostile à l'assujettissement par le mari, ne saurait aussi facilement s'accorder avec nos mœurs.

En fait, l'épouse anglaise prend souvent conseil de ses pa-

(1) Voir sur tous ces points M. Aftalion, p. 253 et seq.

rents, et sa situation pécuniaire se trouve amoindrie, notamment ses droits dans les successions sont limités.

Un texte va jusqu'à permettre aux Tribunaux de sanctionner les dispositions pécuniaires que renferment les conventions de séparation amiable, ce qui indirectement équivaut à reconnaître l'engagement de ne pas reprendre la vie commune (1). Cet acte de séparation ne rompt pas le lien conjugal et semble sans effet à l'égard des tiers ; il n'intéresse que les époux.

III. — Allemagne.

C'est principalement le Code civil allemand (2) qu'il est intéressant de consulter, car il s'occupe de la séparation de fait dans plusieurs de ses articles. Beaucoup de juristes français professent pour lui une admiration sans bornes. Ils sont au fond trop enthousiastes ; car si un grand pas a été fait, il en reste encore un plus grand à accomplir, notamment dans l'ordre des réformes générales ; et la séparation de fait, au point de vue particulier où nous l'envisageons, n'est pas solutionnée.

Tout d'abord la situation de la femme mariée est bien différente de la nôtre. Le législateur, voulant avant tout empêcher les abus de l'autorité maritale, a réduit au strict mini-

(1) Voir M. Chéron, *Op. cit.*, p. 83 et seq.

(2) Promulgué le 18 août 1896, ce Code est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. — Nous avons pris pour base la traduction qui en a été faite par M. O. de Meulenaere, Paris 1897.

mun la suprématie du mari. Partant du principe d'égalité de droits entre le mari et la femme (1), il a divisé les pouvoirs entre les époux afin de diviser leur sphère d'action.

Le régime de droit commun est, non une communauté de biens entre eux, mais un régime d'administration commune (2). La femme est capable au même titre que l'homme. L'autorité maritale se réduit à une prépondérance de ce dernier dans la direction des affaires communes et du patrimoine matrimonial. Dès lors le mari a l'administration et la jouissance des biens apportés par la femme pour subvenir aux charges du ménage qu'il doit supporter (article 1389) : en principe, ce sont tous les biens sauf les biens réservés. Mais il ne peut aliéner les apports ni s'obliger sur eux ; pour cela le concours des deux époux est nécessaire.

Quant à la femme, elle administre et perçoit les revenus de ses biens réservés qui sont pour elle des sortes de paraphernaux, et elle a la libre disposition de ces biens. Or, sont biens réservés de la femme, ceux qui ont été déclarés tels par contrat de mariage (art. 1368), par la disposition des tiers (art. 1369) ou par la disposition de la loi (art. 1366 et 1367) (3), ce qui comprend : les objets exclusivement destinés à son usage personnel comme les vêtements, bijoux et

(1) Ainsi le § 1353, en leur imposant l'obligation réciproque « de vivre en commun » a par là même entendu supprimer la sujétion de la femme.

(2) Voir articles 1363, 1365.

(3) Nous parlons du régime légal seulement ; sous les autres régimes les biens réservés doivent être stipulés.

instruments de travail, ceux qu'elle acquiert par son travail ou l'exercice personnel d'une entreprise lucrative ; et, en outre, certains fruits naturels de ces biens réservés, les indemnités touchant ces mêmes biens et les acquisitions par acte juridique se rapportant à eux (art. 1370).

La femme, grâce au pouvoir des clés, die Schlüsselgewalt, peut passer librement, et d'une manière générale, les contrats ménagers, au nom du mari tenu de l'entretien du ménage (1). En cela elle n'agit ni en son nom propre, ni au nom des époux réunis (2), elle exerce les pouvoirs du mari administrateur, en conséquence tenu de lui fournir les fonds nécessaires ou de payer les tiers. Ce n'est pas un pouvoir propre ; le mari peut le révoquer ou le limiter, sauf abus de son droit. Mais c'est un pouvoir de représentation légale, véritable droit naturel découlant du mariage dont il est un effet : disons le mot, c'est un mandat légal.

La séparation de fait ne peut avoir pour effet de le faire cesser (3), du moins par elle-même ; puisque la loi matrimoniale dont il est l'effet direct n'en continue pas moins à régir

(1) Le § 1356 porte : « La femme a le droit et l'obligation de conduire le ménage commun ». Et le § 1357 ajoute, alinéa 1 : « Dans la sphère de son action domestique, la femme a le droit de signer les affaires du mari et de le représenter. Les actes juridiques qu'elle fait dans ces limites sont censés faits au nom du mari, à moins que le contraire ne résulte des circonstances ». V. sur ces 2 articles M. Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande*, Paris 1903, p. 106, 155 et seq.

(2) M. Binet, p. 169.

(3) M. Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 111 et 112.

les rapports conjugaux. D'après les interprètes, ce pouvoir s'évanouirait en cas d'abandon par la femme (1), car alors il n'y aurait plus de ménage, et il subsisterait au contraire en cas d'abandon par le mari.

M. Binet, avec plus de raison, décide (2) que ce pouvoir subsiste tant que s'ouvre devant la femme un cercle d'action domestique (c'est là, d'après lui, le critérium du pouvoir de la femme) ce qui se réalise en cas de faute du mari, et à l'égard des contrats personnels de la femme en cas de faute de sa part. Mais à quoi lui servirait de pouvoir encore représenter son mari ? Elle n'aurait pas à en souffrir, si elle ne pouvait pas le représenter. C'est au fond l'objet de la *Schüsselgewalt* qui se trouve supprimé, non le principe. On peut donc dire que ce pouvoir résulte nécessairement du mariage.

Mieux vaut cependant admettre franchement le pouvoir personnel que ce mandat légal lequel, incertain dans son existence, à cause du droit qu'a le mari de le révoquer, ne confère à la femme aucune activité propre et indépendante.

L'article 1358 contient une disposition particulièrement intéressante par l'application qu'il fait de l'abus du droit dont le principe s'était trouvé posé dans l'article 226 (3). Après

(1) M. Binet, p. 177.

(2) M. Binet, p. 179 et 236.

(3) L'article 226 est ainsi conçu : « Il n'est pas permis d'exercer un droit lorsque cet exercice ne peut avoir d'autre but que de causer un dommage à autrui. » L'intention de nuire est le critérium posé.

avoir permis au mari de dénoncer l'obligation contractée par la femme sans autorisation et indiqué les formes à observer (assez compliquées, il faut l'avouer, puisqu'elles nécessitent l'intervention préalable d'un tribunal des tutelles), cet article 1358 ajoute que ce tribunal des tutelles peut approuver directement, c'est-à-dire à la demande de la femme, l'acte, si le refus du mari constitue un abus de son droit. Et il termine ainsi (alinéa 2) : « Tant que la communauté domestique est interrompue, le mari n'a pas le droit de dénoncer ». Le tribunal doit alors rejeter l'opposition par lui formée.

Nous jugeons par ces termes mêmes de la base que le Code a entendu donner à l'autorité maritale : l'intérêt de la société conjugale, l'intérêt commun. Une exception devrait être faite au cas où la femme s'éloignerait du mari pour exercer une profession, au mépris de ses devoirs domestiques : « le pouvoir du mari resterait alors intact (1) ».

Ainsi la femme n'a plus à craindre, non seulement le refus injustifié du mari, puisqu'alors elle peut s'adresser à la justice, mais surtout la dénonciation en cas de séparation de fait, car dans ce cas le mari doit être autorisé à agir en nullité. L'intérêt de la famille, grâce à l'article 1358, est lui-même sauvegardé : le mari pouvant dénoncer le contrat si cet intérêt l'exige, et le tribunal, d'autre part, devant refuser l'autorisation si l'exécution est de nature à porter préjudice aux intérêts communs (2).

(1) M. Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 123.

(2) Tout ceci s'appliquerait, d'après M. Léon Lyon-Caen, à l'exercice par la femme d'une profession.

Cependant le tiers, menacé d'une rupture du contrat passé sans l'autorisation du mari, préférera toujours l'avoir. Pourquoi, dès lors, tout en permettant, comme le fait ce Code, l'autorisation de justice en cas de refus injustifié du mari, ne pas exiger son autorisation préalable, puisqu'en fait le tiers ne manquera pas de se la procurer ?

Quant à l'exercice d'un commerce ou d'une profession, la femme n'a pas besoin de l'autorisation maritale. Cependant le mari peut le lui interdire ou le subordonner aux conditions qu'il lui plaît, sauf abus de son droit. Cela découle indirectement de l'article 1354 qui laisse en principe au mari la décision « dans toutes les circonstances de la vie conjugale ». La loi sur l'industrie (article 11) est en ce sens.

M. Léon Lyon-Caen soumet l'exercice de la profession à la règle de l'article 1358 (1) relative aux obligations de la femme et dont nous venons de parler. Peu importe, les résultats seront les mêmes.

En cas de séparation de fait, la femme abandonnée exercera librement son commerce ou sa profession, car légalement aucune autorisation ne lui est nécessaire et elle est à l'abri de toute opposition de la part de son mari. En effet, si celui-ci forme une opposition, il y a de sa part abus de droit ; elle peut dès lors la repousser en prouvant que son commerce est nécessaire à l'entretien de la famille. Au surplus, l'article 1358, alinéa 2, paraît bien enlever au mari dans cette hypothèse son droit d'opposition.

(1) M. Léon Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 119.

De ce qui précède, on peut se rendre compte que les problèmes de séparation de fait sont de nature à se présenter en Allemagne moins àprement que chez nous.

Cependant il ne faut pas perdre de vue que nous trouvons dans ce pays des habitudes différentes des nôtres, et surtout un régime matrimonial de droit commun que nous n'accepterions pas volontiers, que nous ne pouvons même sérieusement songer à établir, le partage d'attributions étant nécessaire là où il y a communauté (1). Ainsi, notre régime sans communauté a quelque analogie avec le régime allemand ; or, son adoption est vraiment exceptionnelle. Quant à substituer à l'incapacité la capacité limitée, ne vaut-il pas mieux étendre la liberté de la femme, tout en maintenant le principe d'incapacité après l'avoir fondé sur une base meilleure ?

En outre, nous trouvons, dans le Code allemand, quelques textes sur la séparation de fait. Ainsi l'article 1353 consacre le droit pour les époux dans deux cas de vivre séparés : un époux, notamment, ne peut forcer son conjoint à reprendre la vie commune, si ce désir constitue un abus de son droit.

Aux termes de l'article 1361, lorsque les époux vivent séparés, l'entretien est fourni par la prestation d'une rente en argent, tant que l'un d'eux peut refuser et refuse le rétablissement de la vie commune. Le mari doit remettre à son épouse les objets nécessaires pour tenir un ménage séparé en les prenant sur les effets communs. Et l'alinéa final ajoute :

(1) MM. Lecourtois et Surville. Préface à MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, p. 7.

« L'obligation d'entretien du mari s'éteint ou se restreint au paiement d'une contribution, lorsque cette extinction ou restriction répond à l'équité ».

Tout ceci n'est en définitive qu'une question de pension alimentaire ; et notre jurisprudence donne à peu près la même solution par application des principes généraux.

Nous voyons par ce que nous venons de dire que les réformes du Code allemand, parties d'un principe égalitaire, et assez voisines en somme de nos dispositions législatives, sont restées à mi-chemin. Il serait indispensable de les compléter.

IV. — Suisse.

Le nouveau Code civil suisse, voté le 10 décembre 1907, et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912, doit retenir quelques instants notre attention.

Tandis que sous le droit suisse, qui depuis peu de jours a cessé de s'appliquer, l'association conjugale reposait, au moins dans la plupart des cantons, sur la puissance maritale, le nouveau Code (1), s'inspirant de la législation allemande, reconnaît à titre de principe implicite la pleine capacité de la femme.

Dès lors, si le mari jouit de certaines prérogatives justifiées par l'unité de direction nécessaire à l'union conjugale (no-

(1) Ce nouveau Code est assez sobre puisqu'il ne contient que 977 articles. L'avant-projet en a été rédigé par M. le professeur Huber.

tamment c'est lui qui a la gestion des biens matrimoniaux, biens prélevés sur ceux des époux et affectés aux besoins de l'union conjugale, et qui en a même la disposition) (1), la femme a de son côté une liberté très grande dans la sphère de sa mission (art. 161, 163, 165, 168 et 169) ; tout cela, sanctionné par un ensemble de mesures pratiques confiées à l'autorité du juge (art. 169).

Ainsi la femme, loin de représenter le mari, représente l'union conjugale pour les besoins courants du ménage (art. 163) et, dans ce but, elle peut engager les biens matrimoniaux. (2).

A la différence du système disparu qui conférait à l'épouse, relativement aux contrats d'entretien de la famille, un mandat légal analogue à celui qu'admet le droit allemand, il s'agit ici d'un pouvoir propre et direct, intangible de la part du mari. Il n'est donc plus question de mandat, ni tacite ni légal. Mais par une bizarrerie remarquable, la femme ne s'engage pas elle-même, elle engage son mari (art. 163, alinéa 2) (3). Ce droit de la femme, pouvoir propre dans son principe, est un mandat dans ses effets ; cela tient à ce que le mari supporte les charges de l'union conjugale. La solution n'en est pas moins illogique ; car payer une dette sauf re-

(1) Exception est faite pour les apports de la femme.

(2) Si la femme excédait ses pouvoirs, elle se trouverait obligée sur ses biens réservés.

(3) Voir M. Louis Rehfous, « Introduction à l'Étude du Code civil suisse », *Droit de la famille* (Genève, 1908), p. 21.

cours et la supporter définitivement sont deux choses essentiellement différentes.

Il n'est rien dit dans le Code de la séparation de fait ; cependant le fonctionnement des dispositions légales devient plus difficile lorsqu'elle vient à se produire.

La femme qui abuse de son droit de représenter l'union conjugale peut en être déclarée déchue à la requête du mari (art. 164). Le juge pourrait voir, selon nous, dans l'abandon par la femme du domicile une cause de déchéance, ou mieux une cause de suspension de ses pouvoirs tant que dure cet abandon. D'autant plus que l'article 169 lui donne le droit d'intervenir « lorsque l'un des époux néglige de remplir ses devoirs de famille » et alors de prescrire « les mesures prévues par la loi pour sauvegarder les intérêts de l'union conjugale (1). »

Le régime légal est, en principe (2), l'union des biens (3). Y sont soumis tous les biens possédés lors du mariage et acquis par la suite par les deux époux, sauf les biens réservés de la femme (art. 194). Les biens soumis au régime légal

(1) Il faut d'ailleurs que la décision du juge soit publiée, car elle est par elle-même inopposable aux tiers de bonne foi.

(2) Nous disons « en principe », car le Code a institué une séparation de biens de plein droit (art. 182).

(3) Le régime de communauté de biens existe aussi : il faut le concours de deux époux pour disposer des biens communs, la communauté est administrée par le mari et par la femme dans la mesure où elle représente l'union conjugale. Sous le régime de séparation de biens, chaque époux conserve la propriété, l'administration et la jouissance de ses biens.

sont administrés par le mari, et par la femme dans la mesure où elle représente l'union conjugale (art. 200).

De plus, chaque époux conserve l'administration et la libre disposition de ses biens réservés. Les biens réservés de la femme comprennent les biens qui ont été constitués tels par le contrat de mariage, par la volonté d'un tiers ou par la loi : effets personnels à son usage exclusif, biens servant à l'exercice de sa profession ou de son industrie, et produits de son travail (art. 190 et 191).

Toutes ces mesures, appliquées chez nous, ne nous semblent pourtant pas, à part peut-être le mandat légal concernant les affaires du ménage, exemptes de difficultés en cas de séparation de fait ; nous le constaterons en disant un mot du système préconisé par Stuart Mill, système dont ce Code s'inspire visiblement. En dépit de son nom, unions des biens, le régime légal suisse, comme le régime allemand, consacre une attribution presque exclusive de jouissance au profit du mari qui garde pour lui les bénéfices de l'administration des deux patrimoines, à l'exclusion seulement des biens réservés.

La disposition la plus intéressante est celle qui permet au juge de prononcer la séparation de biens à la demande de la femme « lorsque le mari néglige de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants (art. 183-1°) », ce qui comprend sans aucun doute le cas d'abandon. Ainsi l'intervention du magistrat ne se produit plus seulement quand le mal est irréparable, au contraire, elle peut se produire à temps, et empêcher le mal de s'accomplir.

L'exercice de la profession est fort bien réglementé, et l'article 167, qui y a trait, pourrait servir de base à une modification de notre Code : toute femme mariée peut exercer une profession ou une industrie avec le consentement exprès ou tacite de son mari. Et si celui-ci refuse, elle « peut être autorisée par le juge à exercer une profession ou une industrie lorsqu'elle établit que cette mesure est commandée par l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille » (1). Elle se trouve protégée d'une façon satisfaisante, et l'article a raison d'insister en donnant comme base de son droit l'intérêt collectif de la famille.

Les droits des tiers sont, eux aussi, sauvegardés entièrement par l'alinéa final qui porte : « La défense du mari n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'après avoir été publiée par l'autorité compétente ». Peut-être est-ce aller un peu loin et rendre parfois cette défense inefficace.

Où le Code civil suisse est surtout novateur, c'est par l'ensemble des mesures qu'il prévoit et qui aboutissent à protéger les intérêts de la femme en cas d'abandon par le mari : il permet en effet au juge de suspendre la vie commune et de fixer les indemnités d'entretien (article 170). Et même si le mari néglige ses devoirs de famille, le juge peut ordonner aux débiteurs des époux « d'opérer tout ou partie de leurs

(1) L'avant projet allait plus loin encore (art. 190) ; il n'exigeait pas le consentement du mari, lequel pouvait seulement faire défense à la femme ; et dans ce cas celle-ci pouvait obtenir mainlevée de la défense en établissant qu'elle n'était pas justifiée.

paiements entre les mains de la femme » (art. 174). Ajoutons pour terminer que la séparation de biens peut être accordée judiciairement (art. 183).

CONCLUSION

Au cours de cet aperçu rapide jeté sur quelques pays étrangers, nous avons constaté une tendance très nette au développement du droit pécuniaire des femmes mariées. Et cela se remarque surtout dans les pays du Nord de l'Europe, là où l'épouse est plus indépendante. On en est arrivé à lui accorder une place de plus en plus grande dans la gestion du patrimoine commun.

Principalement les législateurs étrangers n'ont pas négligé le problème posé par l'extension du travail et de l'industrie, et ils ont réglementé la capacité de la femme de s'obliger par un contrat de travail. Sur tous ces points nous sommes en arrière ; il est grand temps de réagir avec sagesse.

Sur le point plus spécial de la séparation de fait, la pension alimentaire se trouve réglementée. Mais aucun texte ne parle de l'influence de cette séparation sur les relations juridiques des époux, et en particulier de la femme avec les tiers. Toutefois, le Code civil allemand, avec sa théorie de l'abus du droit, et le Code civil suisse dans son article 171,

ont effleuré le problème. Les réformes générales accomplies ont empêché cette question de se poser d'une façon pressante. Chez nous, au contraire, si aucune réforme générale n'intervient, à bref délai le problème se posera d'une façon à la fois précise et pressante.

SECTION DEUXIÈME

Réformes Générales.

GÉNÉRALITÉS

Notre but n'est pas de présenter une réglementation complète et approfondie. Nous voulons seulement indiquer les réformes qui nous paraissent devoir produire des résultats heureux, et pour cette raison s'imposer au législateur ; et cela, au seul point de vue qui nous occupe.

Deux genres de réformes doivent être, d'après nous, envisagées : des réformes générales s'appliquant à toute femme mariée et modifiant, par suite, la condition actuelle de celle-ci ; et quelques réformes particulières, applicables seulement à la séparation de fait.

Avant tout ce sont des réformes générales qu'il faut édicter ; car il s'agit bien moins d'établir des textes en vue de la séparation de fait (elle restera illégale), textes qui constitueraient une sorte de prime aux désunions, que de mettre nos lois d'accord avec nos mœurs et les rendre telles qu'au lieu

de faire naître des difficultés en cas de cessation de vie commune, elles servent au contraire à résoudre celles qui ne manquent pas de se présenter.

Nous avons remarqué au cours de cette étude que l'épouse était dans une dépendance très grande vis-à-vis du mari et que cette situation était surtout dangereuse en cas de séparation, quand ces règles rigoureuses ne sont plus tempérées par la bonne entente des époux. En améliorant sur certains points la condition de la femme mariée, la mettant d'accord avec nos besoins actuels, du même coup nous améliorerons la situation qui est faite à la femme séparée. La réforme qui présentait peu d'intérêts en temps normal prendrait tout son développement dès que la mésintelligence éclaterait.

Envisageons un grief qui pourrait nous être adressé : l'épouse qui manque à ses devoirs trouverait là une règle de faveur, puisqu'on ne saurait lui enlever le bénéfice de cette réforme ; ce qui est injuste. — Répondons qu'elle n'est pas seule intéressée, les tiers ayant, eux aussi, intérêt à compter sur des règles précises ; — et qu'au surplus le mari doit avoir d'autres moyens à sa disposition pour forcer l'épouse coupable à réintégrer le domicile ou à rentrer dans la légalité : si ceux qui existent ne suffisent pas, c'est à la loi à lui en fournir. Cette question des moyens à employer pour réduire le nombre des séparations de fait a trait aux effets du mariage sur la personne des époux ; cela est en dehors de notre étude.

Dans cet ordre d'idées, gardons-nous des réformes utopiques, nous les signalerons seulement pour les exclure et

montrer leur point faible. Nous nous bornerons ensuite à indiquer sommairement les réformes générales qui nous paraissent les plus sérieuses. Elles ont fait l'objet de discussions, de vœux. Nous renverrons à quelques-uns des auteurs qui les ont approfondies.

CHAPITRE PREMIER

RÉFORMES UTOPIQUES

Combien, voulant à toute force réformer le Code en ce qui touche la condition juridique de la femme mariée, en arrivent à formuler des réformes, nous ne disons pas irréalisables, mais ne cadrant nullement avec nos mœurs ! Chacun apporte le système qu'il juge préférable en souhaitant le voir consacré en législation ; pour cela, il se contente de donner quelques arguments qui touchent plus le sentiment qu'ils ne soutiennent la discussion.

Très peu s'aperçoivent que, pour juger une réforme, il faut considérer les effets que produit son application, non pas dans la marche normale de la vie, mais dans les circonstances exceptionnelles où les difficultés sont de nature à se présenter beaucoup plus. Ici une réforme ne sera acceptable que si elle permet, comme nous l'avons dit, de régler les cas où la vie normale des époux a cessé. C'est par là que l'on jugera de la valeur des systèmes.

Ces considérations nous serviront à éliminer d'avance quelques réformes que nous qualifions d'utopiques ; elles ne

remédient, en aucune manière, aux difficultés résultant des séparations de fait.

I. — Modification du régime légal.

Ainsi, beaucoup parlent de modifier le régime matrimonial légal (1), d'instituer, par exemple, le régime de séparation de biens. Sans doute, dans beaucoup de cas, les ménages pauvres surtout se mariant sans contrat, la situation de la femme séparée se trouverait modifiée.

Pourtant on exagère. Aujourd'hui, la femme de condition modeste est protégée par la loi du 13 juillet 1907 ; en quoi bénéficierait-elle de la réforme si, comme il arrive souvent, elle n'avait, à part un mobilier restreint, que son salaire, puisqu'à la dissolution du mariage elle peut renoncer à la communauté et garder ses biens réservés ?

De plus, on ne pourrait songer à empêcher les époux d'adopter tel régime qui leur conviendrait. On remarquerait que beaucoup adopteraient le régime de communauté, principalement les ménages assez riches pour se payer le luxe d'un contrat, c'est-à-dire ceux qui auraient pu, surtout, pro-

(1) M. Beauquier, dans un projet de loi déposé à la Chambre le 7 avril 1908, propose un régime légal de séparation de biens avec communauté de certains acquêts. — M. Hippolyte Laroche, dans un projet déposé le 17 février 1908, propose de permettre aux époux de choisir au moment même de leur mariage, leur régime, sur interpellation de l'officier public. — Et M. le Président Magnaud, dans un projet déposé le lendemain 18 février 1908, s'inspire de la même idée.

fiter de la réforme. Car, quoi qu'on en dise, le régime de communauté, régime traditionnel, est encore celui qui cadre le mieux avec les mœurs françaises (1) Et le régime de séparation de biens a le grave inconvénient de priver la femme mariée « de toute participation au produit du travail commun et des économies communes ».

Rien n'empêcherait non plus que l'on n'établisse, par contrat, des règles restrictives de la capacité civile de l'épouse, ce qu'on ne manquerait pas de faire. Dès lors, ce serait loin d'apporter un remède à la séparation de fait.

II. — Egalité de pouvoirs.

Que dire aussi de l'égalité de pouvoirs préconisée par M. Laurent dans son avant-projet de Code civil belge (2), et qui équivaut à la suppression complète de l'autorité maritale ? Ce principe de l'autorité maritale, base des rapports de la femme avec son mari, s'atténue, il est vrai, peu à peu. La loi du 6 février 1893 a posé le principe nouveau que cette autorité a pour base bien moins le mariage que la vie commune, la société des époux. La loi de 1907, sans être directement dirigée contre elle, lui a porté un nouveau coup.

L'idée même d'égalité des époux ne serait pas nouvelle

(1) V. M. Tissier, *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, année 1901-1902, I, 31. — M. Aftalion, p. 392.

(2) Cet avant-projet n'a pas encore été adopté, il est à présumer que l'autorité maritale sera finalement sauvée.

chez nous, puisque le premier projet, rédigé par Cambacérès sous la Convention, donnait (titre III, § II) un droit égal aux époux pour l'administration de leurs biens.

Faut-il aller jusqu'à rêver avec M. Laurent de l'établissement du principe de la communauté d'intérêts, dans laquelle chacun des époux jouerait un rôle distinct et nettement délimité ? Égalité absolue des époux, telle est la base de son système.

La communauté, et il propose comme régime légal la communauté universelle (art. 1439), est administrée par les époux conjointement (art. 1452) ; les actes d'administration « définitive » et les actes de disposition, même ceux personnels à chaque époux, exigent le concours de tous les deux. Par exception (art. 1453, alinéa 1), les actes d'administration journalière sont réservés à la femme qui les accomplit alors sans contrôle en vertu de pouvoirs propres, comme associée.

Remarquons ce que cette théorie a de contraire au rôle des époux. C'est le rôle du mari d'administrer les biens, y compris ceux de la femme ; la preuve en est que, séparée de biens, elle lui abandonne presque toujours, en fait, l'administration (1).

De plus, une pareille conception est bien fragile : d'abord parce que le dualisme aboutit toujours à la lutte et au dé-

(1) Le Portugal qui admet la communauté universelle l'a bien compris et n'a pas admis toutes les règles posées par M. Laurent, puisqu'il permet au mari d'administrer seul, et qu'il lui laisse la libre disposition du mobilier.

sordre, ainsi que le dit M. Turgeon, et qu'il n'y a pas d'ordre sans une certaine hiérarchie ; en outre, parce que cette communauté d'intérêts s'évanouirait en cas de séparation de fait, ne pouvant plus, alors, fonctionner.

A part les contrats d'entretien, actes d'administration générale entendus d'une manière très large, que la femme pourrait passer seule, le concours du mari lui serait indispensable pour tous les autres actes. Et s'il s'y opposait, la justice statuerait. Cette intervention de justice ne nous semble guère faite pour rétablir l'union entre eux.

M. Laurent dit : dans ce cas la discorde est antérieure à l'acte, elle ne peut éclater à l'occasion de cet acte. Soit ; pourquoi, alors, l'envenimer ? La communauté n'existerait que si les époux le voulaient bien et tant qu'ils le voudraient. Du jour où aucun époux ne consentirait à capituler devant l'autre, leurs droits étant égaux, la séparation légale serait le seul moyen d'éviter cette lutte (1). En réalité, il faut un seul gérant et l'on ne saurait nier que le plus apte à remplir ce rôle soit le mari. L'égalité de puissance préconisée à la fois contrarie la nature et dissout la famille.

Le remède serait, d'après M. Laurent, dans l'adoption d'une communauté réduite ; car, alors, chaque époux aurait l'administration de ses propres (art. 1471). Cependant, pour leur aliénation, il faudrait encore le concours des deux époux (art. 1473), de l'un comme nu-propriétaire, des deux

(1) V. M. Turgeon, *Le féminisme français*, Paris, 1902. Tome II, p. 101.

comme composant la communauté usufruitière de ces propres. Adoptât-on la séparation de biens, la femme capable, en principe, d'aliéner, devrait encore avoir besoin du consentement du mari pour aliéner ses propres ou les paraphernaux, si le résultat de l'aliénation pouvait compromettre le droit du mari de faire contribuer la femme aux charges du ménage (art. 1566).

Cambacérès a si bien compris ces critiques que, dans son troisième projet, il rejeta l'administration commune.

La suppression même de l'autorité maritale est si peu réalisable que très peu de réformistes l'ont prise à leur compte jusqu'à nos jours. Ainsi le Code allemand qui a admis le principe d'égalité des époux confie au mari les solutions des litiges conjugaux, c'est-à-dire relatifs à la vie commune (art. 1354), sous réserve de l'abus du droit de sa part (*id.*, alinéa 2). Cette prédominance du mari est la conséquence de la répartition des rôles entre les époux.

Nous ne saurions faire nôtre, surtout quant aux rapports personnels des époux, la phrase devenue célèbre de M. Viviani. « Il est temps de détruire cette vieille maison ingrate (la puissance maritale) et inhospitalière, où tous les privilèges sont à un seul... pour construire la maison vaste et spacieuse et souriante... où la mère sera l'égale du père, où ces deux êtres tiendront leurs droits égaux de la conscience et de la raison... (1) » C'est méconnaître les besoins de la

(1) Voir le compte-rendu du Congrès international des Droits des Femmes, de 1910, p. 195 et seq.

femme, car elle n'est pas si asservie qu'on se plaît à le répéter. Il existe nombre de ménages où « elle exerce tous les attributs du pouvoir et cumule tous les avantages de la souveraineté (1) ». La puissance maritale est plus nominale que réelle.

III. — Partage d'attributions.

Stuart Mill cependant propose un système qui constituerait une construction juridique déjà plus solide (2). Sur la masse de biens résultant de la confusion toute naturelle entre les patrimoines de l'un et de l'autre époux, c'est-à-dire sur « le patrimoine de la famille », il voudrait établir un partage d'attributions et reconnaître à chacun des époux des droits et des fonctions propres : au mari la charge d'accroître ce patrimoine de la famille, à la femme celui de vaquer aux soins du ménage, d'élever les enfants, de procéder aux achats nécessaires à l'entretien du ménage (à moins de conventions contraires dans le contrat de mariage dont il reconnaît la validité, mais qui risquent de ne pas se baser sur la capacité des époux).

Combien encore joueraient difficilement ces règles en cas de séparation de fait ! Il faudrait qu'on les modifiât, car chaque époux se trouverait avoir à accomplir nécessairement

(1) M. Turgeon, *Le féminisme français*, Paris, 1902. Tome II, p. 82.

(2) Stuart Mill, *L'assujettissement des femmes*, Paris, 1876.

des actes qui rentreraient légalement dans les attributions de son conjoint.

Cependant un partage d'attributions mieux compris ne serait pas à rejeter sans examen : ainsi celui qui accorderait à la femme le gouvernement du foyer, à l'homme la charge des relations extérieures. A condition, bien entendu, d'attribuer la prépondérance au mari pour résoudre les questions ou les conflits qui surgissent chaque jour entre les époux. Autrement dit, le partage d'attributions devrait être, non pas établi en droit (la suprématie du mari s'y oppose), mais favorisé en fait.

Dans ce même ordre d'idées un auteur, M. Legouvé (1), a proposé de faire trois parts des biens des conjoints : l'une administrée par le mari ; la seconde confiée, après un stage de cinq ans de soumission à l'autorité maritale, à l'administration indépendante de la femme sans nécessité de se pourvoir de l'autorisation maritale ; la troisième, la masse commune, serait administrée par le mari.

Vraiment tous les auteurs ne pensent qu'à des ménages unis, sans songer qu'une communauté d'intérêts ou une séparation de pouvoirs n'ont pas besoin d'être recommandées à ces ménages qui les pratiquent tout naturellement, et, qu'au contraire, elles deviennent une source de discorde et de difficultés pour les ménages en train de se brouiller ou qui le sont déjà. Quant aux magistrats, ils ne sont pas créés

(1) M. Legouvé, *Histoire morale des femmes*, Paris, 1869. Livre III, Chapitre II.

pour intervenir perpétuellement dans les luttes domestiques.

N'admettons pas non plus le système qui consacrerait la jurisprudence reconnaissant la validité des autorisations tacites, car celles-ci sont trop difficilement soutenables : il faudrait que la femme prouve qu'au moment où elle passe l'acte, le mari a bien entendu l'autoriser ou l'avait abandonnée (on ferait de l'abandon un cas d'autorisation tacite); cette preuve serait difficile à faire.

Plusieurs Congrès féministes, notamment celui tenu à Paris en 1908, ont émis le vœu que la femme ait la capacité la plus entière pour tous les actes de la vie civile. Cette suppression de l'autorité maritale est, encore une fois, plus un mal qu'un bien.

La 5^e sous-commission de revision du Code civil est allée aussi beaucoup trop loin en supprimant jusqu'au principe de l'autorité maritale. Le nouvel article 212 serait ainsi conçu : « Les époux sont égaux. Ils forment entre eux une association dans laquelle leurs droits et devoirs respectifs sont réglés comme suit... (1) » Par suite, il ne serait plus besoin d'autorisation pour agir. Cette égalité complète des droits de chaque époux va à l'encontre, comme nous l'avons dit, du rôle naturel des époux.

Enfin un député, M. Beauquier, a déposé le 17 mai 1905, à la Chambre des Députés, une proposition de loi qui ne ten-

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1905, p. 352.

dait à rien moins, elle aussi, qu'à abolir l'autorité maritale (1). Il est superflu de répéter ici les griefs que soulève cette théorie. Ce qui paraît surtout bizarre dans cette proposition de loi, c'est la disposition d'après laquelle les époux régleraient avant le mariage et pour toujours la capacité de la femme. D'ailleurs, la commission de la réforme judiciaire a modifié cette proposition dans son principe même ; nous en parlerons à propos de l'extension de la capacité de la femme.

(1) *Journal Officiel* (Doc. parl., Chambre S. O., 1905, annexe 2448, p. 539). — Déjà une autre proposition de loi avait été déposée le 27 octobre 1895, sur le bureau de la Chambre, par M. le député Michelin. Elle était conçue dans le même esprit.

CHAPITRE II

RÉFORMES A ADMETTRE

Il faut se borner à recourir à des mesures plus restreintes et plus pondérées. Quatre sont particulièrement dignes d'examen : nous les envisagerons successivement.

I. — Nouveau fondement de l'autorité maritale.

Nous n'en sommes plus au temps où l'on considérait l'autorité maritale comme une *potestas* intangible. La notion du mariage, association de deux êtres égaux, a supplanté celle donnée par Portalis et qui considérait la prépondérance du mari comme « de droit naturel ». Est-ce à dire que cette puissance maritale doive disparaître, pour que du coup la femme soit aussi libre, mariée ou séparée de fait que non mariée ? Nous ne le pensons pas (1).

Cependant, s'il est nécessaire de conserver le principe de

(1) M. Paul Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, Paris, 1885, p. 471 et sq.

l'autorité maritale, de le maintenir tel quel dans les rapports personnels des époux, là où domine l'élément moral (art. 213), du moins, il est selon nous non moins nécessaire de l'atténuer en ce qu'il a trait au rapport pécuniaire des époux entre eux ou au rapport de ceux-ci avec les tiers, et de lui donner une base nouvelle en rapport avec les idées actuelles.

Evitons de fonder l'autorité maritale sur l'incapacité de la femme. En décidant que l'épouse n'est plus, à proprement parler, incapable, on en arriverait par voie de conséquence à lui enlever en toute hypothèse l'action en nullité. Y aurait-il là un mal ?

Dans notre droit coutumier, avant l'époque où les lois romaines vinrent le modifier, la puissance maritale était fondée sur l'intérêt du bon ordre et de la paix dans le ménage. « Cette puissance, a dit Guy Coquille, n'est pas empêchement essentiel et en la même personne de la femme, mais en dehors et par accident ». Par suite, celle-ci ne pouvait attaquer l'acte, qu'elle se trouvait avoir accompli dans la plénitude de sa capacité naturelle.

Si cette sage règle a changé, ce fut sous l'influence des romanistes des ^{xv}^e et ^{xvi}^e siècles. Au temps de Pothier, la nécessité de l'autorisation était principalement fondée sur la puissance que le mari avait sur la personne de sa femme (1), et non sur la faiblesse de sa raison. Si on concluait de là à la nullité absolue, c'était que la femme non autorisée était réputée inhabile à contracter.

(1) Pothier, VII, n° 3.

Même à l'heure actuelle, on tend à faire reposer le principe marital « moins dans l'intérêt personnel de la femme que dans celui du mari considéré comme chef de l'union conjugale et gardien de tous les intérêts qui s'y rattachent (1) ». Les rédacteurs du Code se sont trouvés influencés par l'idée traditionnelle de l'infériorité de la femme. Aujourd'hui, cette idée a vécu.

Et puisque l'incapacité n'est pas établie *propter fragilitatem sexus*, mais plutôt se présente comme une conséquence de la puissance maritale, pourquoi ne pas réserver au mari seul le droit d'agir en nullité? En retirant à la femme le droit de se prévaloir de l'inexpérience de sa conduite, on ne lui permettra plus de rejeter sur les tiers qui ont traité avec elle la responsabilité de sa fraude.

M. Huc a condensé cette réforme nécessaire dans une formule précise : « Le mari a seul le droit de faire annuler les actes passés par la femme sans son autorisation (2). »

Cette réforme est accomplie en Italie.

L'avantage, en cas de séparation de fait, serait considérable : on ne verrait plus d'épouses passer des contrats dans lesquels elles se déclarent capables, ou filles, veuves, puis après un temps très long (elles ont dix ans à partir de la dissolution du mariage) faire annuler ces contrats.

Restent deux autres bases : la suprématie du mari, ou

(1) Zachariae, *Cours de Droit civil français*, par MM. Aubry et Rau. Paris, 1856. Tome IV, § 472, p. 123.

(2) Huc, tome II, n^o 282.

l'intérêt de la famille. Laquelle adopter ? On saisit l'importance que revêt la question, précisément lorsque les époux sont séparés de fait : dans le premier cas, le mari qui abandonne sa femme ne pourrait plus attaquer l'acte passé par elle, car en manquant à son devoir d'époux, il perdrait le droit d'exiger d'elle qu'elle fasse acte de soumission en demandant l'autorisation pour contracter ; dans le second cas, il pourrait encore agir si l'intérêt de la famille le lui commandait.

Nous penchons nettement pour cette dernière base.

En effet, la puissance maritale confère au mari l'obligation de veiller à la garde des intérêts de l'union conjugale. Dès lors, l'autorisation maritale doit être exigée, non pas tant en faveur du mari que pour la conservation des intérêts dont il est le représentant. Il faut un chef, puisque la séparation de commandement affaiblirait la famille ; et, comme chef, la tradition a toujours reconnu le mari.

Le vrai fondement de l'autorité maritale ne peut que se trouver dans des considérations d'ordre moral concernant l'organisation de la famille ; c'était l'avis de Pothier (1). Et tel semble être le besoin de nos mœurs ; toute la construction jurisprudentielle de l'autorisation tacite a pour but de soustraire la femme à l'autorité maritale quand l'organisation de la famille n'est pas en jeu. Nous sommes heureux de voir même que dans l'exposé des motifs de la proposition

(1) Pothier, VII, n° 3, 5. Cf. Aubry et Rau, tome V, § 472, note 5, M. Aftalion, p. 65.

d'une loi que nous avons déjà citée, celle du 4^{er} décembre 1900, sur l'accession aux femmes de la profession d'avocat, on base l'incapacité de la femme sur l'intérêt de l'unité de direction, et sur l'intérêt exclusif de la famille et d'un patrimoine familial (1). Cela prouve que c'est bien là qu'il faut chercher la véritable base de la puissance du mari.

Comment certains auteurs (2), qui veulent faire résider le fondement de l'incapacité de l'épouse dans la nécessité d'une unité de direction dans le ménage, ce qui a pour effet de faire cesser cette incapacité lorsqu'il n'y a plus vie commune, c'est-à-dire lorsqu'il y a existence indépendante, n'ont-ils pas aperçu que ce serait trop ouvertement donner une prime à la séparation de fait en la montrant à la femme comme un régime de faveur ? Evidemment, cette incapacité s'atténue en fait, mais seulement s'il y a faute du mari ou consentement de sa part, alors que l'équité ne s'y oppose pas.

Ainsi M. Aftalion refuse formellement (3) de reconnaître comme base l'intérêt de la famille sous prétexte que cela ramène à l'inexpérience et à la faiblesse de la femme. Pourtant l'unité de direction sur laquelle il se fonde n'est-elle pas commandée en définitive par l'intérêt de la famille dont le mari est le chef ? — Il est vrai qu'il pourrait nous répondre que l'intérêt de la famille dont nous parlons existe seulement

(1) *Journal Officiel*, Chambre, annexes II, année 1898, annexe 395, p. 300.

(2) M. Choquet, p. 198. — M. Aftalion, p. 380.

(3) M. Aftalion, p. 378.

parce qu'il doit y avoir unité de direction, au point de se confondre avec elle. En somme, s'ils se commandent l'un l'autre, il n'y a aucune raison de ne pas admettre préféralement la base que nous avons choisie, lorsque des considérations pratiques montrent l'utilité qu'il y a à la choisir avant toute autre.

M. Morizot-Thibault fait résider plutôt l'incapacité dans une idée de protection de la femme, puisqu'il voudrait que l'autorité maritale cesse lorsque le mari manque à ses devoirs conjugaux, ou est indigne de la garder (1), notamment s'il cesse d'entretenir le ménage, s'il abandonne le foyer. Il se produirait comme une sorte de déchéance, ce qui redonnerait l'indépendance à la femme sans briser les liens du ménage. D'ailleurs, il va jusqu'à vouloir affranchir l'épouse de l'autorisation maritale en cas de séparation de biens judiciaire, sous prétexte que l'influence du mari est alors reconnue néfaste (2), et même en cas de séparation de biens contractuelle (3), car pour lui le principe de l'autorité maritale repose sur l'unité d'administration commune.

Il vaut mieux retenir de lui seulement le principe qu'il exprime ailleurs en ces termes (4) : « L'autorité est nécessaire dans les sociétés pour y maintenir l'ordre et la paix. — Toute société appelle un directeur... »

(1) M. Morizot-Thibault, p. 366 et 386.

(2) M. Morizot-Thibault, p. 367. V. aussi M. Bufnoir, *Annuaire de législation française*, 13^e année, p. 57.

(3) M. Morizot-Thibault, p. 384.

(4) M. Morizot-Thibault, p. 139.

L'autorité maritale une fois basée sur l'intérêt de la famille, il va de soi qu'elle servira aussi pendant le temps de vie commune à garantir l'unité de vues et de direction, l'union intime des époux. Mais, loin de l'établir avec M. Choquet comme base même de l'autorité, nous en faisons la conséquence de ce que nous venons de dire : en effet, c'est l'intérêt même de la famille qui commande cette unité de direction, gage de la paix dans le ménage.

Dès lors, le mari pourra attaquer l'acte non autorisé par cela seul que la femme a porté atteinte à cette unité du ménage, car indirectement elle a porté atteinte à la famille ; il est autrement dit présumé agir en nullité dans l'intérêt de la famille. Ce qui se produira aussi en cas de séparation de fait due à la faute de l'épouse.

Au contraire, en cas de séparation volontaire ou de faute du mari, celui-ci ne peut plus se plaindre que la femme non autorisée a porté atteinte à l'unité de direction qui n'existe plus ; il n'est plus présumé agir dans ce but, l'unité de direction ne pouvant plus servir de garantie de l'intérêt de la famille. Il devra alors se fonder, pour agir, directement sur l'intérêt de la famille en justifiant de cet intérêt.

On ne peut d'ailleurs sérieusement lui enlever l'action dans ce cas ; car l'autorité maritale se présente bien plus comme un devoir, une charge pour lui, qu'un droit découlant de sa suprématie. « Le pouvoir du mari ne devient un droit que parce qu'il est l'instrument d'un devoir (1). »

(1) M. Morizot-Thibault, p. 141.

Il semble qu'il y ait un autre moyen d'arriver à un résultat identique par l'abus du droit, en consacrant législativement la jurisprudence que nous n'avons pu admettre comme étant anti-juridique.

Ainsi, il serait utile de poser dans nos lois un ensemble de règles touchant les abus de droits. Dès lors, en cas de séparation de fait des époux, le mari ne pourrait valablement attaquer l'acte qu'en justifiant d'un intérêt évident... et appréciable.

Nous ne nions pas l'utilité qu'il y aurait à établir dans nos lois un texte concernant l'abus du droit d'une manière générale, et décidant par exemple, soit dans un titre préliminaire, soit à propos de l'article 1382 du Code civil, « qu'un acte, ainsi que le souhaite M. Saleilles (1), dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit. » C'est là une réforme désirable et qui se fera. Le soin des Tribunaux sera de rechercher, parmi toutes les causes de l'acte juridique ou de l'action en justice, celle qui a été déterminante. Car la loi ne doit accorder sa protection, ni à la malveillance, ni à la rancune.

Pour ce qui nous occupe, à savoir le refus de l'action en nullité au mari, si la famille n'y a aucun intérêt, les deux textes généraux d'autorité maritale fondée sur l'intérêt de la famille, et d'abus du droit, tous deux textes de principe, se corroboreraient l'un l'autre.

(1) M. Saleilles, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, année 1905, p. 348.

Mais nous prétendons que le second, le principe d'abus du droit, ne suffirait pas à lui seul, si l'on n'établissait le premier, à enlever l'action au mari dans tous les cas importants, car celui-ci pourrait toujours alléguer d'un intérêt personnel pour faire tomber l'acte, ce qui exclurait l'idée d'abus.

A moins que par un texte spécial on ne fasse en notre matière application de l'abus du droit, en décidant qu'il y aurait abus lorsque le mari n'aurait qu'un intérêt personnel à la nullité et que la famille n'en aurait aucun. Ce serait établir indirectement le premier principe ; il vaut mieux l'établir directement.

Une autre conséquence du nouveau fondement donné à l'autorité maritale serait la validité des autorisations générales. M. Huc a formulé cette règle ainsi : « Le mari peut donner à la femme une autorisation générale » (1). Il serait pourtant nécessaire de stipuler qu'elle sera toujours révocable.

Fonder l'autorité maritale sur l'intérêt de la famille et par voie de conséquence sur l'unité de direction du ménage, telle doit être la première pensée du législateur.

II. — Droit propre de la Femme mariée.

Nous avons, à l'occasion des actes ménagers, mis en avant la consécration législative du mandat de la femme mariée et du droit propre, en en faisant un effet du mariage. Ce que la loi de 1907 a fait pour les femmes qui se livrent à une pro-

(1) Huc, tome II, n° 282.

fession ou à un commerce, le législateur devrait l'étendre à toute femme qui se borne à gouverner son intérieur. Celle-ci aurait pleine capacité et plein pouvoir pour passer les contrats qui intéressent son entretien et celui de ses enfants, et, en outre, elle aurait mandat légal pour représenter le mari dans les contrats ménagers qui l'intéressent. Autrement dit, elle agirait en sa qualité d'associée, moitié en son nom propre, moitié par représentation de son mari. Dans le premier cas, elle serait tenue personnellement comme toute associée (1), et dans les deux cas le mari serait tenu comme devant supporter personnellement, selon l'article 214 du Code civil, le fardeau des charges du ménage (2).

C'est là une réforme qui est depuis longtemps réclamée chez nous par tous les auteurs, pour de multiples raisons.

C'est le fait universel, d'où ce ne serait rien changer à l'état de choses existant : dans tous les ménages le soin de pourvoir la femme des choses nécessaires à la vie matérielle est réservé à elle-même, alors que le mari représente surtout la communauté à l'égard des tiers dans les actes juridiques et possède la mission d'administrer les biens communs.

La fiction de mandat tacite se comprenait au temps de Dumoulin où l'épouse n'était pas l'associée du mari ; aujourd'hui, au contraire, cette qualité d'associée qu'on tend à lui reconnaître emporte naturellement un pouvoir propre.

(1) M. Binet, p. 320.

(2) Pandectes françaises, Rép. V^o *Mariage*, n^o 5155.

Le Code civil allemand, le Code civil suisse en ont compris la nécessité. M. Laurent, dans son avant-projet de Code civil belge, tout en admettant l'égalité des époux reconnaît (article 1453) un pouvoir propre à la femme pour les actes d'administration journalière qui engagent la communauté.

Et Stuart Mill, par son partage d'attributions, accorde ce même pouvoir à la femme pour les achats nécessaires à l'entretien de la famille (1).

Chez nous cela répond à une nécessité : « Ne convient-il pas, disait M. Tissier dans son rapport à la Société d'Etudes législatives (2), de préciser dans la loi qu'elle (l'épouse) exerce ici (quant aux soins du ménage) un pouvoir propre, et de substituer ce principe du mandat légal à l'idée ancienne du mandat tacite, idée que la jurisprudence a fort bien développée..... mais idée insuffisante, car elle se heurte souvent à la réalité des circonstances, et elle implique nécessairement la possibilité d'une révocation arbitraire de la part du mari. »

(1) Cf. MM. Lecourtois et Surville, Préface à MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, p. 12. — M. Morizot-Thibault, *De l'autorité maritale*, p. 202, et *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, année 1901, 1902, p. 149. — M. Binet, p. 10, 13, 135 et seq. et pour la réglementation, p. 292 à 333. En cas d'abandon par la femme, son pouvoir domestique n'a plus, d'après M. Binet, de « champ d'application », lequel se trouve formé par ses occupations domestiques (p. 308). Cet auteur se base un peu trop sur le partage d'attributions dont nous avons fait justice.

(2) M. Tissier, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901-1902, p. 33.

Et le Tribunal de Paix de Paris (1), dans un jugement où il développe ce qui constitue, selon lui, le fondement du mandat tacite, souhaite lui aussi que « la femme mariée obtienne chez nous, comme dans la législation allemande, une pleine possession de ses droits dans la sphère de la mission ménagère, engendrant une entière responsabilité de ses actes, et que le rôle de directrice des choses domestiques lui appartienne de plein droit et dans une mesure constante, à l'abri de la volonté arbitraire et variable du mari ».

La jurisprudence en est arrivée, il est vrai, en déformant le droit établi, à faire du pouvoir propre de la femme la base de nombreuses décisions ; cependant la réforme aurait ce résultat pratique considérable de la fixer et d'empêcher certains retours en arrière ou certaines résistances qui ne manquent pas encore de se produire pour revenir à la stricte application des règles légales.

Le projet de M. Morizot-Thibault adressé au Président de la Commission d'Etudes législatives relative à la question des biens réservés de l'épouse (2), dit dans l'article 2 : « Les gains et salaires des époux tombent dans la communauté. Ils sont consacrés aux besoins du ménage par la femme qui jouit à cet égard d'un pouvoir propre d'administration. »

La réforme pourrait être ainsi conçue : « Chaque époux

(1) Tribunal Paix, Paris, 14 avril 1905 (D. 05, 2, 251).

(2) Cf. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901-1902, p. 203.

est muni d'un pouvoir propre en ce qui concerne l'administration du ménage, son entretien personnel et celui de ses enfants. » Cette formule a l'avantage de mettre sur le pied d'égalité le mari et la femme et de bien montrer, d'une part, la stabilité du rôle de celle-ci, non plus soumise comme avant à l'humeur du mari, et en second lieu le caractère personnel du rôle joué par elle et créant à son profit une activité et une indépendance propres.

Désirable à tous égards, cette réforme, ou mieux cette consécration d'un besoin de nos mœurs aurait les plus bien-faisants effets en matière de séparation de fait, car elle remédierait à nombre de difficultés.

Dans les conditions normales de la vie conjugale, le mari retenu par l'exercice de ses occupations quotidiennes laisse sa femme s'occuper du fonctionnement intérieur de la maison, de son entretien comme de celui des enfants, c'est-à-dire du ménage entier, alors qu'elle-même n'exerçant aucune profession se trouve avoir plus de loisirs. Si elle est, elle aussi, occupée au dehors par un travail quelconque, les deux époux s'occupent l'un et l'autre du ménage ; et certes la famille n'en subit aucun dommage, tant que dure leur entente.

Un désaccord éclate-t-il, les époux se séparent. Grâce à cette réforme le mari continuera à pourvoir à son entretien. La femme pourra de son côté passer les contrats intéressant son propre entretien et celui des enfants qui sont avec elle. Mais elle n'aura plus qualité pour pourvoir à l'entretien de son conjoint, puisque le ménage ne subsistera plus en fait ;

et d'ailleurs cela irait à l'encontre de son intention. La femme n'agira plus pour partie par représentation du mari, elle agira entièrement et seulement en son nom propre, mais toujours comme associée, comme membre de la société conjugale, étant donné que celle-ci ne se trouve pas dissoute.

Toute distinction entre les cas de séparation de fait serait aussi écartée, ou n'aboutirait plus tantôt à admettre le mandat tantôt à le rejeter.

Les fournisseurs, plus intéressants, quoi qu'on puisse prétendre, que des époux vivant en mésintelligence, pourraient ainsi s'adonner en complète sécurité à leur métier sans avoir à rechercher à qui est due la séparation, et sans risquer de n'obtenir avec la notion de l'*in rem versio* que des paiements partiels ou de se voir même enlever souvent, comme les Tribunaux le décident, le bénéfice de cette action, si le mari a servi une pension suffisante à sa femme. C'est un besoin si fort que l'on est obligé de prendre en considération actuellement la bonne foi des tiers, ce qui ne fait qu'augmenter les difficultés, puisqu'il faut rechercher si cette bonne foi existe.

« En obligeant la communauté et le mari, écrit justement M. Morizot-Thibault (1), la femme serait elle-même tenue, ce qui effacerait cette sorte d'immoralité qui porte l'épouse à s'affranchir d'obligations dont quelquefois elle a tiré un exclusif profit », alors qu'elle a peut-être un patrimoine considérable.

(1) M. Morizot-Thibault, p. 203.

Et notons que ce sont les fournisseurs qui risquent de perdre le plus qui seraient les mieux protégés, tels les bijoutiers, les fabricants et vendeurs d'objets de luxe.

Nous touchons à une difficulté : faut-il aller plus loin et admettre que la femme sera également tenue des dépenses excessives ? Rien n'empêche de le décider. N'étant plus une incapable, il serait juste qu'elle supporte la responsabilité de ses actes. Il n'est pas souvent aisé, en effet, aux fournisseurs de connaître la situation du ménage, surtout dans certaines familles où le luxe est hors de proportion avec les ressources et la fortune ; ils se fient sur les apparences. Combien est difficile à évaluer d'une façon précise la fortune des époux !

En cas d'abus seulement bien constatés, le juge devrait pouvoir suspendre ou retirer à la femme ses pouvoirs (1). De plus il faudrait permettre au mari de décharger la communauté de la partie de ses dépenses jugées excessives, en la laissant à la charge seule de l'épouse (2). Ce qui revient à dire que celle-ci n'exercerait son recours contre le mari que dans la mesure où la dette ne dépasserait pas son devoir d'entretien.

Le seul reproche qu'on puisse adresser à cette réforme serait celui-ci : en permettant à l'épouse de passer tous les contrats d'entretien l'intéressant, c'est-à-dire en lui permettant de vivre à sa guise, on favoriserait iniquement sa situa-

(1) L'article 1460 de l'Avant-projet du Code civil belge élaboré par M. Laurent est en ce sens.

(2) M. Morizot-Thibault, p. 204.

tion lorsque la séparation serait due à elle-même, car ce serait ainsi lui permettre de prolonger sa résistance à l'autorité maritale.

La réponse est facile, de nombreuses raisons venant réfuter ce puéril grief. D'abord, qu'on veuille songer que le mari peut, pour sa part, tout se permettre en cas d'abandon par lui de sa femme, puisqu'il reste toujours libre de contracter pour lui-même. Or, l'autorité maritale est établie, ou devrait être établie, bien plus dans une idée de protection de la famille, que de dépendance de la femme vis-à-vis du mari. Pourquoi dès lors ne pas admettre pour elle ce qu'on admet pour celui-ci ? A l'heure actuelle, on tend visiblement vers une égalité de condition des époux, les textes en faveur de l'épouse étant de plus en plus nombreux. Le mandat légal rétablirait un peu plus l'équilibre.

Une autre raison, voisine, milite dans ce sens : on invoque la faute de la femme ; est-on bien sûr que dans ce cas elle seule sera coupable si elle s'enfuit du domicile ? Dans la plupart des cas la faute sera commune, le mari n'étant pas de son côté exempt de reproches.

Et quand même la faute serait certaine, l'humanité exige que l'épouse ne soit pas livrée au dénûment ni obligée de s'adresser à une foule de fournisseurs jusqu'à ce qu'elle en trouve un de bonne foi, ignorant sa situation, lorsque cette situation est connue de toute la région, ainsi que cela arrive parfois dans les petits bourgs.

L'autorité maritale doit être maintenue en ce qu'elle concerne la personne de la femme, mais nulle part mieux qu'ici

il ne convient d'en tempérer les effets. Le mari doit avoir d'autres moyens, pour forcer cette dernière à réintégrer le domicile conjugal, qu'en lui coupant les vivres ; sinon, c'est à la loi d'en établir et ce n'est pas à nous à les rechercher.

Enfin le tiers qui ignore à première vue à qui la séparation est imputable, doit être protégé pour ces actes de minime importance qui sont de tous les instants, actes pour lesquels on ne peut songer à demander à ce tiers de se renseigner chaque fois qu'une femme les accomplit.

Faut-il craindre que celle-ci, munie d'un pouvoir propre, ne se mette à dépenser exagérément ? Crainte peu sérieuse ! La femme prévoyante économisera comme par le passé sans être tentée de mésuser de cette liberté nouvelle.

Il est cependant à craindre, comme pour la loi du 13 juillet 1907, que ce pouvoir propre dispensant du concours des deux époux pour soutenir les charges du ménage ne fasse retomber sur la femme seule, dans certains cas, ce qui, dans son esprit, n'était qu'une avance : Elle est abandonnée, elle peut désormais contracter en vertu de son pouvoir propre, elle est tenue indéfiniment sur ses biens personnels. Evidemment, il lui est permis (la loi de 1907 lui en fournit le moyen) de forcer le mari à contribuer à ces dépenses, car si elle est obligée au paiement elle ne doit pas supporter définitivement la charge de la dette. Mais sera-t-il facile de vaincre la résistance du mari, s'il refuse d'apporter sa contribution ? Dans les milieux ouvriers où se posera plus âprement la question, il nous semble que ce sera une difficulté.

A la dissolution du mariage, la femme va exercer sa ré-

compense contre la communauté ou le mari tenu des dépenses du ménage ; et ce recours est garanti par son hypothèque légale. Elle risque l'insolvabilité du mari.

Nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer que le Code civil allemand (article 1367) affecte en principe les produits du travail de la femme, qui sont biens réservés, à son usage personnel, de sorte qu'ils ne contribuent aux charges communes qu'en cas de besoin. En théorie ce peut être exact ; mais en fait le résultat ne différera guère.

M. Gény parle (1) d'ouvrir dans le patrimoine commun certains crédits à la femme dans le but de servir à l'entretien du ménage. Cette idée qui ne manque d'être ni pratique ni rationnelle, comme le montre M. Binet (2), serait souvent d'un grand secours pour l'épouse séparée de fait, exposée autrement à payer avec ses biens propres se trouvant à sa disposition. Il y aurait un grand avantage aussi, en ce qu'au lieu de verser à la communauté ou au mari ses revenus, elle pourrait les employer en tout ou en partie, de même que ses revenus personnels sous le régime exclusif de communauté, les fruits de ses biens dotaux, ou encore retenir le versement de sa contribution si elle était séparée de biens.

Mais si, au lieu de payer comptant, elle contracte des dettes, s'engageant personnellement, elle sera bien tenue en fait de les payer. En effet, le mari est, certes, obligé directement, car sous tous les régimes le patrimoine de la société

(1) M. Gény, *Etude sur les Biens réservés de la femme*, p. 64.

(2) M. Binet, p. 314, v. sur l'organisation de ce système, p. 315 et seq.

comprend les biens personnels du mari (1) et celui-ci est tenu de supporter les charges du mariage. Mais le tiers préférera poursuivre la femme, puisqu'elle est par hypothèse séparée (cela se produira peu en cas de vie commune) et nous re-tombons dans la difficulté déjà indiquée (2).

Encore une fois, il y a danger si le mari est coupable d'abandon. Il n'en serait d'ailleurs pas différemment en cas de vie commune : à défaut du mari, même dans le droit actuel, la charge de l'entretien de la famille revient à la femme (article 1448, al. 2).

Un moyen a été préconisé pour contraindre indirectement un époux à subvenir aux besoins de l'autre et de ses enfants ; il consiste, si l'époux ne fait pas son devoir, à ériger l'abandon de la famille en délit (3). Nous signalons l'idée sans la discuter.

III. -- Extension de la capacité civile de l'épouse.

Dans quels domaines convient-il d'étendre la capacité civile de la femme mariée ?

En cet ordre d'idées doit-on aller jusqu'à supprimer toute

(1) M. Binet, p. 318.

(2) M. Binet, remarquons-le, n'admet plus ce pouvoir propre en cas de séparation de fait, puisque le pouvoir propre de la femme n'a plus de champ d'application (p. 308), au moins dans le cas où cette séparation lui est imputable.

(3) V. la note communiquée par M. Charmont à la Société d'Etudes législatives, Bulletin 1901-1902, p. 76 et seq.

autorité maritale, comme le voudrait M. Legouvé, et permettre à la femme de gérer en pleine indépendance la masse de biens à elle confiée? C'est aussi le souhait de M. Tisier (1) : « Pour les biens dont la femme garde la gestion, pour lesquels il y a eu séparation, il ne devrait plus y avoir d'incapacité ».

On ne doit pas aller jusqu'à admettre ce principe. Beaucoup d'actes passés par la femme intéressent directement le mari et surtout les enfants, c'est-à-dire la famille dont le mari est chargé de protéger les intérêts. Ne perdons pas de vue non plus cette considération qu'en voulant à l'excès séparer les intérêts des conjoints, on risque fort de briser les liens du mariage.

La lutte est actuellement engagée entre féministes et traditionnalistes (2). Si nous avons rejeté la conclusion des premiers qui cherchent à obtenir l'égalité dans le mariage, en montrant qu'une séparation absolue des intérêts des conjoints était contraire à nos mœurs, et que le concours nécessaire des deux époux pour les actes intéressant le patrimoine n'était qu'une difficulté nouvelle venant s'ajouter aux autres au cas de mésintelligence des époux, nous n'en devons pas moins rejeter également la théorie qui représente le mari comme seigneur et maître du ménage. Tout en tâchant de

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901-1902, p. 31.

(2) V. M. Turgeon, *Le féminisme français*, Paris, 1902. — M. F. de Feydeau de Saint-Cristophe, *L'Emancipation de la femme mariée dans la législation contemporaine* (Thèse, Paris, 1909).

maintenir les principes actuels, il faut en tempérer les rigueurs.

Les lois favorables à l'épouse se multiplient rapidement, sans compter les projets et les propositions ; un groupe même s'est récemment constitué à la Chambre des Députés pour soutenir les revendications féministes.

Malheureusement, d'accord sur la nécessité d'améliorer le sort de l'épouse, on ne s'entend plus sur l'objet de la réforme. Certains réservent à la femme les soins du ménage ; en dehors de ce pouvoir propre elle ne pourrait rien faire, le mari seul accomplirait les actes juridiques. Quant aux réformes de Stuart Mill ou de M. Laurent, constituent-elles vraiment une extension de la capacité civile de la femme ? Il est permis d'en douter.

Il s'agit avant tout d'une question de mœurs. Certaines femmes ont seules la direction de la fortune, d'autres la gèrent concurremment avec le mari, d'autres enfin restent étrangères aux affaires de leur ménage. La pratique notariale qui reflète les besoins d'une époque nous montre quelques-unes de ces réformes utiles. Grâce à cette pratique, le principe traditionnel du mari seigneur et maître se trouve contredit par un ensemble de théories nouvelles plus conformes aux besoins nouveaux. Il faudrait les ériger en lois.

Ainsi il faut remarquer que les valeurs mobilières ont pris de nos jours une place aussi importante que les fonds immobiliers ; or, la fonction de ces valeurs est de procurer des revenus. Il faudrait permettre à la femme d'économiser, d'où développer les opérations visant l'épargne ; placements sé-

rieux, contrats d'assurance, constitution de rente viagère...

Tout ceci actuellement exige le concours du mari. Où voit-on que l'intérêt de la famille, base rationnelle de l'autorité maritale, empêche la femme de faire ces opérations? Bien au contraire, il demande qu'on développe sur ce point la libre action de la femme.

Et c'est surtout en cas de séparation de fait, nous le répétons, que l'on se rendrait compte de l'amélioration apportée.

Ce que l'intérêt de la famille commande, c'est seulement de permettre des opérations sérieuses présentant toute garantie. Il suffirait pour cela de limiter le choix à des valeurs sûres, permettre, par exemple, les assurances avec les sociétés placées sous le contrôle de l'Etat.

M. Glasson (1) voudrait que la subordination de la femme ne subsiste que dans deux cas : pour les contrats qui intéressent sa personne, et pour ceux de ses biens qui doivent contribuer sous une forme quelconque aux besoins du ménage. Ce qu'il serait justement intéressant de connaître, c'est la détermination de ces biens, beaucoup plus difficile à faire qu'une détermination d'actes juridiques permis à l'épouse.

M. Beudant a, de son côté, grandement raison de dire (2) : « On restreindra dans l'avenir la nécessité de l'autorisation

(1) M. Glasson, Préface au livre de M. Morizot-Thibault « De l'Autorité maritale », p. XVII. Nous rappelons que M. Morizot-Thibault voudrait que la séparation de biens entraîne suppression de la nécessité de l'autorisation maritale.

(2) M. Beudant, p. 480.

aux actes qui touchent aux intérêts vraiment collectifs de la famille ». Mais il parle ensuite de les subordonner à l'assentiment des deux époux, et laisse à la justice le soin de trancher les différends qui s'élèveraient. Cela ne mettrait pas fin à la guerre qui existerait entre les époux, bien qu'il le croie ; tout au contraire, cela ne pourrait que l'envenimer.

Une proposition de loi votée en première délibération par la Chambre des Députés le 5 avril 1910 (1), presque sans dis-

(1) *Journal Officiel*, 6 avril 1910. Chambre, Débats parlementaires.

Cette proposition de loi émane de M. Beauquier et de plusieurs de ses collègues. Le titre qui primitivement était celui-ci : « Loi ayant pour objet la suppression de l'incapacité légale de la femme mariée », est, tel qu'il a été modifié par la Chambre après observations de M. Groussau et du rapporteur, M. Maurice Violette, ainsi conçu : « Loi ayant pour objet l'extension de la capacité légale de la femme mariée ».

Elle a été transmise au Sénat, le 7 avril 1910.

Elle se compose de 7 articles ainsi conçus, tels qu'ils ont été votés, l'article 3 après modification :

« Art. 1. — L'article 215 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, à moins qu'elle ne soit marchande publique, ou séparée de biens, ou à moins encore qu'il s'agisse de contestations relatives à ses biens paraphernaux. L'autorisation du mari cessera d'être nécessaire à dater du jour où il serait interdit ou assisté d'un conseil judiciaire ».

« Art. 2. — L'article 214 (lire l'article 217) du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« La femme ne peut acquérir à titre gratuit sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. Elle ne peut non plus sous la même condition donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre onéreux, à moins qu'elle ne soit séparée de biens,

cussion, modifierait entièrement, si elle était définitivement adoptée, le problème de la séparation de fait, puisqu'elle aurait précisément pour résultat dans certains cas de supprimer l'incapacité de la femme mariée.

A l'origine, la proposition, telle qu'elle émanait de M. Beauquier, visait la suppression complète de l'incapacité de l'épouse. Après les modifications apportées par la commission (1) et sanctionnées par la Chambre, il ne s'agit plus que d'une extension de sa capacité. C'est bien ce qui nous paraît le plus juste, du moins dans l'état actuel de nos mœurs ; et une loi ne doit pas viser au delà.

« ou qu'il ne s'agisse de ses biens paraphernaux, ou à moins encore
« que son mari ait été interdit ou assisté d'un conseil judiciaire.

« Art. 3. — L'article 222 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« Si le mari est absent ou interné comme aliéné mais non
« interdit, le juge peut en connaissance de cause autoriser la femme
« soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

« Art. 4. — L'article 1449 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« La femme séparée de biens en reprend la libre administration.

« Art. 5. — L'article 1576 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« La femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux.

« Art. 6. — Sont abrogés le dernier paragraphe de l'article 211
« du Code civil (touchant la cessation de la séparation de corps)
« et l'article 36 de la loi du 27 mars 1907 (sur l'autorisation donnée
« par les Conseils de prud'hommes.)

« Art. 7. — La présente loi est applicable à l'Algérie et aux
« Colonies ».

Les articles 4 et 5, conséquences de l'article 2, et les articles 6 et 7 n'appellent de notre part aucune explication.

(1) Voir rapport de M. Violette, *Journal Officiel*, Doc. parl., Chambre S. O., année 1908, annexe 175³, p. 429.

A propos de l'article premier de cette proposition, nous ne pouvons nous empêcher d'observer à quel point la femme séparée de fait va profiter de cette disposition. Or, nous montrons plus loin la nécessité d'accorder à l'épouse délaissée le droit de demander la séparation de biens ; la protection serait ainsi tout à fait complète.

L'article 2, article capital, nous semble être allé beaucoup trop loin. Il fait, en effet, une différence trop grande entre les régimes : d'un côté incapacité pour la femme commune, de l'autre capacité presque complète pour la femme séparée de biens (ou la femme dotale relativement à ses paraphernaux), quelle que soit la source de cette séparation (1). Comment ne pas apercevoir que les femmes auront tout intérêt à adopter ce régime ?

En outre, on conçoit bien qu'il y ait une différence quant à l'administration des patrimoines suivant les régimes. Sur quoi baser, comme le fait la proposition, la différence de principes, qui fait de la femme commune une incapable et de l'autre une personne capable ? Qu'on supprime le principe d'incapacité si on le juge inadmissible, mais alors dans tous les cas. D'autant plus que l'article a l'air de le maintenir en disant : « la femme ne peut... à moins que ». Ainsi présentée, l'exception en faveur de la femme séparée de biens, devenant capable, est injustifiable. Et il ne faut pas s'y

(1) De nombreux auteurs sont partisans de cette réforme, v. M. Altalion, p. 381. Si cela se comprend chez ceux qui donnent comme base à la puissance maritale l'unité de direction économique, cela ne s'accorde pas avec la base que nous avons choisie.

tromper, c'est bien une capacité qui se trouve établie en fait pour celle-ci, sauf pour les libéralités qui lui sont faites ; le rapport de M. Violette le reconnaît expressément.

Quoi qu'on décide, il est des actes qu'on ne devrait pas permettre à l'épouse, parce qu'ils rejaillissent sur la famille. Où est l'unité de direction du ménage dans cette proposition ?... Il ne faut pas que le ménage soit délaissé et que l'honneur de la famille soit atteint, les questions que soulève la vie quotidienne ont besoin d'une autorité pour les résoudre ; et lorsqu'il s'agit d'actes graves, comme l'exercice d'une profession par exemple, il est nécessaire de s'assurer du consentement du mari, tout en réservant, c'est naturel, un recours possible à la justice en cas d'opposition injuste du mari (1). Le législateur n'a pas pensé à cela.

M. le Rapporteur a dit que la Commission avait considéré « qu'elle devait laisser debout le régime de communauté » et que c'est en dehors de ce régime qu'elle avait cherché à étendre la capacité de la femme en examinant chaque article envisagé par M. Beauquier. Et le législateur, en votant le texte, a sans doute supposé aussi pour sa part que le régime de séparation de biens ou le régime dotal resteraient l'exception. Or, ce serait plutôt le contraire qui se produirait, surtout pour les ménages riches qui peuvent se payer le luxe d'un contrat, c'est-à-dire pour ceux qui ont occasion de passer le plus d'actes juridiques. Pour les autres, par

(1) En ce sens M. Guyot, *L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques* (Paris, Arthur Rousseau, 1910), p. 328.

contre, l'incapacité ne s'appliquerait pas faute d'objet, les produits du travail se trouvant protégés suffisamment par la loi de 1907.

Cette proposition qui va trop loin pour la femme séparée de biens en établissant à son profit une exception irrationnelle, n'est pas, par contre, assez libérale pour la femme commune, puisqu'elle maintient son incapacité d'une façon complète.

IV. — Autorisation de justice pour exercice d'un commerce ou d'une profession.

Une réforme qui nous a paru indispensable consiste à accorder à la justice le droit d'autoriser la femme sur refus constaté du mari à exercer un commerce ou une profession. Etant donné qu'il peut y avoir tout à craindre de celui-ci, en cas de séparation de fait surtout, il convient de faciliter aux femmes l'exercice d'un métier. La loi de 1907, dont le but était de leur laisser la libre disposition de leurs gains personnels, de consacrer leur égalité économique par rapport au mari, eût dû aller jusqu'à accomplir cette réforme et consacrer son égalité juridique à ce point de vue.

Dans son rapport présenté à la Société d'Etudes législatives M. Tissier disait (1) : « La protection du salaire implique la protection préalable du droit de travailler ».

Malheureusement, la loi ne l'ayant pas fait, la réforme reste à accomplir.

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901-1902, p. 49.

M. Cauwès proposait de son côté (1), au cas d'abandon prolongé du mari, de permettre à l'épouse de provoquer la déchéance de l'autorité maritale et le transfert à son profit des pouvoirs du mari en qualité de chef de la communauté. C'est se montrer trop libéral en ce qui concerne les pouvoirs que posséderait l'épouse, et pas assez en ce que la règle est restreinte au cas d'abandon du mari. Il faudrait l'étendre et en faire un texte général : droit pour la femme, en cas de refus injustifié du mari, de s'adresser à la justice.

M. Morizot-Thibault (2) avait déjà estimé avec raison que « l'absence de contrôle porte atteinte à l'indépendance naturelle en déniaut à la femme le droit de développer une faculté acquise, et à l'humanité en la privant peut-être d'un gagnepain ».

Cependant, s'il n'a aperçu aucune difficulté tenant à l'intervention judiciaire en cas de séparation de biens ou de régime dotal, car la femme n'engage que ses seules ressources paraphernales, il n'a plus admis cette intervention en cas de communauté, la femme engageant alors « en dehors de l'assentiment du mari ses deniers dans les opérations commerciales ». D'ailleurs, remarquons que nous admettons plus loin la profonde utilité qu'il y aurait à permettre à l'épouse abandonnée de demander la séparation de biens ; d'où cette difficulté est écartée. En outre, si elle était séparée par sa

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, même année, p. 128-30.

(2) M. Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 222. Cf. MM. Lecourtois et Surville. Préface à MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, p. XII. — M. Abel Durand, *op. cit.*, p. 336 et seq.

faute, le refus du mari ne se présenterait guère comme injustifié ; il serait rare que la justice autorisât...

Il faut toutefois, pour que cette réforme produise de salutaires effets, l'entourer de garanties précieuses et empêcher la justice, en se substituant au mari, de faire retomber sur lui une pareille mesure de faveur accordée à la femme.

En premier lieu l'intérêt de la famille demande que lorsque celle-ci entreprend un commerce ou une profession l'on soit sûr de l'autorisation du mari, car elle se doit avant tout à lui et aux enfants (1). Nous ne devons pas à cet égard nous contenter d'un simple assentiment tacite, toujours difficile à prouver surtout en cas de séparation de fait. Cependant, pour le commerce, comme il est admis que ce consentement tacite suffit, on ne peut songer aujourd'hui à se montrer plus rigoureux, d'autant plus que les tiers qui traitent avec l'épouse commerçante seraient par trop sacrifiés s'ils devaient, pour de modestes opérations, s'enquérir de l'autorisation donnée.

Pour le choix d'une profession rien n'empêche qu'on l'exige. On a pourtant souvent réclamé l'admission comme principe de la capacité personnelle de la femme, sauf opposition de la part du mari. La loi belge de 1900 a reculé devant ce principe alors qu'il figurait dans le projet du gouvernement. Il en a été de même, nous l'avons vu, du Code civil suisse.

(1) Nous pensons avoir suffisamment prouvé plus haut la nécessité de l'assentiment du mari.

On dit bien que les chefs d'entreprise ne se préoccupent guère de rechercher quand une femme engage son travail si elle a réellement l'assentiment du mari, parfois même si elle mariée. Dès lors cela constituerait une gêne pour les tiers, puisqu'à la première réclamation du mari le contrat tomberait à leur préjudice, et pour la femme, car séparée de son mari elle s'engagerait presque toujours sans autorisation.

Mais réfléchissons : lequel des intérêts en jeu importe le plus ? Celui de la famille assurément. On ne saurait permettre à l'épouse de le méconnaître. Les éléments moraux sont trop importants ; il faut être sûr de l'accord des époux sur ce point, et notamment de l'assentiment du mari représentant l'intérêt de la famille, avant tout engagement de l'épouse.

Quant au tiers, il n'a qu'à se renseigner ; c'est son devoir pour les actes juridiques d'une manière générale ; pourquoi le contrat de travail échapperait-il à la règle ? Avec le système que nous critiquons à juste titre, un tiers trop scrupuleux, craignant une opposition du mari, pourrait toujours (1) exiger de la femme qu'elle produise une autorisation, principalement si des exemples d'opposition se produisaient. Cette dernière ne serait pas en définitive protégée davantage.

(1) Nul ne songe à donner à la femme cette capacité de se livrer à une profession sans réserver en même temps au mari le droit de former opposition.

Sur ce point il convient donc de maintenir ce qui existe, de le consacrer législativement malgré la gêne qui peut en résulter pour l'épouse séparée. Elle trouvera, ailleurs, un remède : dans l'autorisation donnée par justice.

Sur refus du mari l'intervention judiciaire, avons nous dit, devrait être admise par un texte formel, qu'il s'agisse pour la femme de commerce ou de profession. L'autorisation pourrait être accordée par le juge de paix (suivant la loi belge), par le président du Tribunal civil ou le Tribunal.

L'article premier du projet de M. Morizet-Thibault, adressé au président de la Commission chargée de préparer la loi du 13 juillet 1907, était ainsi conçu (1) : « Il est loisible à la femme mariée d'engager ses services avec l'assentiment du mari. En cas de refus de ce dernier, l'autorisation pourra lui être accordée par le juge de paix, les deux époux préalablement entendus ou appelés. »

Nous admettrions plus volontiers le président du Tribunal. En cas de séparation de fait, il suffirait que le mari soit appelé ; s'il ne venait pas expliquer son refus, le président s'entourerait de tous les renseignements utiles pour apprécier ce qu'il convient de décider. Il n'y aurait là rien de bien compliqué.

Déjà, si la femme est abandonnée par le mari, nous savons qu'elle peut, lorsqu'elle ne veut pas recourir au divorce ou à la séparation de corps, faire condamner le mari à lui servir une pension. Pourquoi ne profiterait-elle pas de

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1901-1902, p. 204.

son recours à la justice pour se faire autoriser à exercer telle profession ou tel commerce bien défini par elle ? Cela ne porterait atteinte à l'autorité maritale que si celle-ci était une conséquence de la suprématie du mari. Etant donné que nous lui avons attribué une autre base, l'intervention de la justice servirait de contrôle du droit du mari et garantirait la femme contre les abus.

Et les éléments moraux, objecte-t-on ? La justice pourrait les apprécier. Elle n'interviendrait qu'au cas de refus du mari ; par suite, celui-ci indiquerait préalablement les motifs de son refus, et le Tribunal ou le président pourrait les examiner et en vérifier le bien fondé. Si le mari, ayant par exemple abandonné sa femme, se refusait à donner ses motifs, par vexation ou pour toute autre cause, il serait présumé n'en avoir aucun de valable à opposer. Déjà la justice se livre à des appréciations morales de ce genre : ainsi, en cas de demande en divorce ou séparation de corps, de procès en injures ou diffamation ; on ne songe nullement à lui en retirer le droit. Ce serait être injuste que de la déclarer incapable d'un examen de cette nature.

SECTION TROISIÈME

Réformes spéciales à l'épouse abandonnée.

RÉFORMES A REJETER

Il vient tout naturellement à l'esprit, dans cette étude des réformes, d'enlever toute action en nullité au mari en cas de faute de sa part. Ce serait une application particulière de la théorie de l'abus du droit. Conformément à la théorie que nous avons exposée plus haut, le mari abuserait de son droit en agissant sans que la famille y ait le moindre intérêt. En vertu d'un texte spécial, on le considérerait comme abusant de son droit par cela seul que, coupable envers sa femme, il agirait en nullité, sans rechercher si la famille avait ou non intérêt à la nullité.

Nous ne pouvons admettre cette règle, pour la raison pour laquelle nous avons refusé d'instituer la puissance maritale sur la base exclusive de l'unité de direction dans le ménage : ce serait créer un régime de faveur pour la femme abandonnée, en la rendant indirectement capable. Il faudrait, sans doute, décider de même pour celle qui s'enfuit du domicile de par la faute du mari. Dans ce cas, une femme

a-t-elle le moindre motif de fuir, lorsqu'il s'agirait, pour elle, de passer librement un acte, elle fuirait et serait alors dégagée de l'autorisation.

Toutefois, comment reconnaîtrait-on le cas où il y aurait faute du mari et celui où la faute serait due à la femme? Le tiers, au moment du contrat, aurait intérêt à le savoir, puisque le sort de l'acte en dépendrait. Il ne devrait pas se contenter de l'affirmation de la femme, laquelle ne manquerait pas d'alléguer la faute de son mari. Dans le doute, il demanderait toujours, pour plus de sûreté, le concours de ce dernier. Cette mesure de protection serait, dans la pratique, complètement illusoire.

En outre, il vaut mieux empêcher que favoriser la séparation de fait, d'où, la faute fût-elle due au mari, ne pas sortir du droit commun. Or, en droit, on ne saurait jamais enlever l'action en nullité au mari, puisqu'elle a pour base l'intérêt de la famille. L'abus du droit n'a, ici, rien à voir.

Tout ce qu'on peut dire pour sa preuve c'est, répétons-le, qu'en cas de vie commune ou de faute de la femme, l'intérêt de la famille devrait être présumé (unité de direction nécessaire) et, qu'en cas d'abandon par le mari, il devrait être à prouver par celui-ci. Ce serait, somme toute, l'application stricte de la théorie bien comprise de l'abus du droit.

Pour les mêmes raisons, nous mettrons de côté cette idée émise par M. Cauwès (1), d'après laquelle la femme, en cas d'abandon prolongé de son époux, pourrait provo-

(1) V. *Bulletin Société Etudes législatives*, année 1901-1902, p. 128.

quer la déchéance de la puissance maritale et le transfert, à son profit, des pouvoirs du mari comme chef de la communauté.

M. Turgeon a émis une proposition analogue (1). Il voudrait que l'on permette à la femme, en cas d'abandon, de faire révoquer en justice l'autorité maritale, ce qui lui donnerait pleine capacité.

Deux raisons nous paraissent de nature à faire rejeter cette proposition : d'abord l'application en serait trop difficile. Car elle serait la source de procès généralement pénibles. Et que ferait-on lorsque le mari reviendrait à ses devoirs ? Pourrait-on opérer une nouvelle retranslation de pouvoirs à son profit ? Il n'y aurait alors aucune raison pour que l'épouse passe par des alternatives de soumission à l'autorité maritale et de pleine indépendance. La puissance maritale sortirait fort affaiblie, autant dire annihilée, de toutes ces luttes domestiques.

En second lieu, ce serait faire supporter cette faute du mari à la femme, puisqu'ayant recouvré sa liberté pour les actes juridiques, elle deviendrait responsable de tous ces actes et responsable des devoirs découlant de l'autorité maritale, lesquels resteraient à sa charge : ainsi des devoirs à l'égard des enfants.

Le remède, pour ne pas mettre à la charge de la femme la faute du mari, est ailleurs : 1^o dans l'autorité directe de la justice ; 2^o dans la séparation de biens.

(1) M. Turgeon, *Le féminisme français*, Paris 1902, tome II, p. 469.

RÉFORMES A ADMETTRE**I. — Autorité directe de Justice.**

Combien il serait plus rationnel, en effet, de décider que l'épouse abandonnée de son mari pourra, à condition de prouver l'abandon, obtenir directement l'autorisation de justice.

Actuellement, elle est tenue de solliciter du mari cette autorisation ; c'est pour elle une gêne, surtout pour les opérations juridiques les plus importantes, comme un achat, une vente ou un emprunt.

L'économie de la réforme serait considérable : la femme n'aurait plus à craindre d'essuyer un refus ou de courir après son mari, alors qu'elle ignore peut-être où le trouver.

Il pourrait cependant arriver qu'elle s'adresse directement à la justice et que celle-ci autorise alors que le mari n'est nullement coupable de l'avoir abandonnée. Rien n'empêcherait ce dernier d'user de son autorité pour faire annuler l'acte au moyen de son action en nullité (1), ou même d'en empêcher l'accomplissement en interjetant appel de la déci-

(1) Cette action en nullité ne se conçoit pas actuellement, puisque la justice n'intervient qu'après refus du mari. Dès lors, cité régulièrement, il n'a qu'à faire appel lorsque la décision lui est signifiée. — Au cas d'abandon, l'appel serait valablement signifié à domicile.

sion judiciaire. Il lui suffirait dans sa demande en nullité de prouver qu'il n'était pas coupable pour faire tomber l'acte, l'unité de direction dans le ménage ayant été trahie par la femme.

Il est certain que l'on ne saurait sérieusement ici rejeter l'action en nullité, car l'intérêt de la famille doit passer avant celui du tiers co-contractant.

Au surplus, il ne paraît guère à craindre que l'épouse coupable s'adresse à la justice sans l'autorisation de son mari. L'action en nullité qui appartiendrait à ce dernier est la meilleure des garanties contre ce danger. Et il pourrait être établi un ensemble de règles protectrices des intérêts de cet époux : on forcerait la femme à le citer, il lui serait, par suite, possible de comparaître et de venir indiquer les raisons de son refus ; le tribunal pour s'éclairer pourrait exiger l'audition de témoins...

N'oublions pas surtout que la condition essentielle pour que la femme réussisse serait qu'elle fasse la preuve de son abandon.

Pour cela on devrait se montrer assez libéral et permettre tous moyens de preuve, car il s'agit d'un fait (lettres, commune renommée, témoins). Il faut convenir que cette preuve est assez difficile à fournir ; c'est ce qui rendrait cette réforme d'une application peu courante. Elle n'en est pas moins nécessaire à admettre en vue de l'hypothèse où la preuve de l'abandon est possible à faire. C'est pourquoi nous voudrions la voir consacrer législativement, quitte ensuite à instituer

des mesures plus protectrices de la femme à mesure que l'expérience montrerait ce qu'il conviendrait de faire.

Du moins, l'autorisation accordée par justice serait une preuve que l'intérêt de la famille n'est pas menacé par l'acte même. Le tiers, traitant avec une femme abandonnée (car il faut mettre de côté l'hypothèse très rare d'une autorisation accordée par justice sans qu'il y ait faute du mari), serait certain de ne pas voir annuler l'acte, une fois celui-ci accompli.

La proposition de loi votée par la Chambre des Députés le 5 avril 1910 aurait dû, dans son article 3 (1), ménager ce droit pour l'épouse abandonnée ; c'est un cas autrement intéressant que celui de l'aliéné sur lequel elle a discuté, pour aboutir à assimiler l'aliéné non interdit à l'absent. Nous aurions souhaité voir cet article 3 conçu en ces termes :

« L'article 222 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« Si le mari est absent ou interné non aliéné, ou s'il est
« prouvé qu'il a abandonné son épouse ou l'a contrainte à
« quitter le domicile conjugal, le juge peut, en connaissance
« de cause, autoriser la femme soit pour ester en jugement
« soit pour contracter. »

II. — Séparation de biens.

Enfin, il y a lieu de se demander s'il ne conviendrait pas de permettre à la femme séparée de fait de demander la séparation de biens.

(1) V. cet article *Supra*, p. 283.

La question ne se pose pas s'il y a abandon par elle du domicile. On ne peut non plus songer à voir décider que la séparation de fait entraîne de plein droit séparation de biens : d'abord cette situation ne se prouve pas toujours très facilement, en sorte que les tiers ne seraient pas assez protégés contre ces changements éventuels de régime et risqueraient d'être trompés par la femme. En outre, la séparation est due à la volonté des deux époux, ou d'un seul d'entre eux ; or, l'état d'une personne ne saurait être changé que par une institution juridique, et non par une simple volonté.

Il ne faut pas perdre de vue non plus que les époux ne peuvent modifier leur régime : une pareille réforme servirait souvent à favoriser la fraude des époux par des séparations fictives et d'occasion. Il dépendrait même parfois de la seule volonté de la femme de modifier son régime, ce qui serait injuste, car par sa faute elle arriverait à se créer à elle-même une situation de faveur, principalement si elle était commune en biens avec son mari.

Mais si l'époux abandonne sa femme, est-il juste que celle-ci ne puisse faire aucun acte intéressant son patrimoine, notamment au cas où elle est mariée sous le régime de communauté ? Est-il juste que ses biens continuent à être soumis à l'administration du mari ? De la situation que nous avons indiquée plus haut, nous avons logiquement conclu à la nécessité pour elle de demander la séparation de biens.

On peut encore reprocher à cette réforme de permettre à l'épouse de modifier ainsi son régime : d'abord elle pourrait, séparée de son mari, opter pour la continuation du régime

adopté, ou demander la séparation de biens. Et surtout, ne serait-il pas à craindre qu'elle ne s'entende avec son mari, et ne se sépare que dans le but de demander cette séparation de biens ? Reprenons ces deux objections.

1. C'est contraire, peut-on prétendre, à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Pourtant la séparation de biens judiciaire, telle que nous l'admettons, a pour effet essentiel de modifier le régime. Il y va alors, répond-on, de l'intérêt capital de la femme. Cet argument, nous le faisons nôtre, car il est bien certain qu'un mari qui abandonne sa femme n'est pas souvent capable de gérer convenablement la fortune de celle-ci. Il se trouvera même dans l'impossibilité matérielle de le faire. Or, la séparation de biens est une mesure de sauvegarde contre la mauvaise gestion ultérieure du mari ; elle est instituée moins à cause du passé que pour garantir l'avenir.

N'est-il pas à craindre que l'époux ne dilapide ou gère mal les biens communs, d'autant plus que sa conduite est loin de prouver qu'il gérera au mieux les intérêts de la communauté ou de la famille ? Il vaut mieux prévenir qu'être obligé de guérir. Le mari, ne sachant pas gouverner sa personne, en oubliant ses devoirs d'époux, est présumé agir avec autant de légèreté dans l'administration du patrimoine commun ou de celui de sa femme. Quant à cette dernière, elle a adopté en se mariant un certain régime, elle a choisi le mode de gestion qu'elle jugeait le meilleur. Parce qu'à ce moment-là elle se fiait à son mari, elle s'en était remise à lui du soin d'administrer certains biens. Si elle se rend compte

qu'elle s'est trompée, pourquoi ne pas lui permettre de sauver ses biens alors qu'il en est encore temps ?

En outre, la séparation de corps, à laquelle il lui est licite de recourir, est bien plus libérale dans ses effets pécuniaires, étant donné qu'elle entraîne pleine capacité civile pour la femme. Dès lors, ne vaut-il pas mieux se montrer favorable à celle-ci en cas d'une simple désunion de fait due à son conjoint, que la forcer, si elle veut obtenir la séparation de biens, à demander la séparation de corps qui, une fois accordée, prête bien moins à la loyale réconciliation qu'une simple séparation de biens ne faisant intervenir aucune question personnelle ?

2. Quant à l'entente frauduleuse, elle n'est guère à redouter, puisqu'on concevrait mal que le mari, qui a tout intérêt à garder le plus de pouvoirs, consente à une séparation pour s'en dépouiller. Il le peut, s'il en a le désir, d'une façon bien plus simple, au moyen d'un mandat, lequel est essentiellement révocable à sa seule volonté. Donc, s'il y a abandon, ce ne sera certes pas dans ce but.

On ne peut même pas objecter que ce serait contraire à l'autorité maritale. En effet, si la femme peut désormais administrer son patrimoine, c'est non par dérogation à cette autorité maritale, mais par modification du régime. La séparation de biens étant avant tout une mesure de sauvegarde pour l'épouse, ce ne serait pas en changer la nature que l'admettre en notre hypothèse, ce serait simplement en étendre le champ d'application.

Quant aux abus qui peuvent se produire et se produisent

inévitablement à l'occasion de toute réforme, ils ne doivent pas faire reculer le législateur.

Les mesures actuellement observées au sujet des séparations de biens suffiraient à éviter la plupart des fraudes : ainsi la demande, de même que le jugement, sont rendus publics ; l'aveu du mari ne suffit pas pour faire preuve ; ce dernier peut intervenir dans l'instance. Et le Tribunal n'accorde la séparation de biens (il en serait de même ici) que si la cause et le danger couru par la femme sont reconnus sérieux.

Ainsi, nous rétablirions l'égalité de condition de la femme séparée en cas d'abandon du mari.

En pratique, ce serait pour elle une faculté que de demander la séparation de biens. Si elle ne craignait rien, ou si la faute de l'époux n'était dans sa pensée que passagère, elle s'abstiendrait. Autrement, trompée, si elle s'apercevait que sa confiance avait été mal placée, elle s'adresserait à la justice et obtiendrait une liberté plus grande, liberté trouvant sa seule limite dans l'intérêt supérieur de la famille.

Quant à la sécurité des tiers que l'on invoque, elle serait la même que pour la séparation judiciaire actuelle, les formalités restant les mêmes. Puisqu'on n'adresse aucune critique à celle-ci, c'est donc que la publicité dont elle est entourée est reconnue suffisante.

Du jour où les époux reprendraient la vie commune, ils ne recouvreraient pas pour cela le régime primitif. Il faudrait observer toutes les conditions actuellement exigées, notam-

ment la rédaction d'un acte authentique rendu ensuite public.

Il n'y a aucune raison sérieuse de craindre par là des modifications continuelles de l'état matrimonial des époux. La procédure qu'entraînerait nécessairement la poursuite d'une demande en séparation de biens pour cette cause serait assez longue pour ne pas tenter ceux dont la brouille ne serait que de très courte durée. Il faudrait, en effet, que l'abandon soit constaté par le jugement ; pour cela, un temps assez long s'écoulerait avant que le juge ne se trouve entouré des renseignements nécessaires. Le nombre des séparations accordées ne serait pas si élevé qu'on veut bien le croire.

Et la femme qui voudrait faire revivre ensuite le régime primitif serait celle qui a repris confiance en son mari et qui sait que la désunion a cessé d'une façon à peu près définitive.

Ne pourrait-on pas, poussant plus loin le libéralisme, aller jusqu'à permettre à l'épouse séparée, quand il y a faute du mari, de faire citer celui-ci et, s'il ne veut pas reprendre la vie commune, se faire autoriser par justice à passer seule tous les actes pour lesquels l'autorisation était nécessaire, c'est-à-dire obtenir la pleine capacité de la femme séparée de corps ?

Nous avons au début même de l'étude des réformes spéciales répondu à la question. Sans doute présentée sous cette forme, elle semble sauvegarder la puissance maritale : le

mari serait mis en demeure de s'en servir, ou tout au moins de donner les raisons de sa conduite. Mais ce serait contre lui une sanction qui va à l'encontre du but de la loi. La femme séparée de fait serait mieux traitée que ne l'était, avant 1893, la femme séparée de corps. Et l'on se heurterait, nous l'avons dit, à des difficultés de pratique et de preuve.

Surtout l'épouse ne serait plus tentée, après avoir obtenu cette liberté complète de reprendre la vie commune, principalement si elle était mariée sous le régime de communauté, car ce serait, pour elle, recouvrer l'incapacité ; or, il faut au contraire pousser les époux à persister dans la vie commune.

Il vaut mieux, n'odispenser l'épouse de l'autorisation maritale, mais restreindre les cas où l'autorisation est nécessaire (étendre la capacité de la femme) et pour ces cas se montrer irréductible. Dès lors, ils seront par eux-mêmes assez peu fréquents pour qu'on puisse chaque fois exiger le consentement du mari, toujours représentant de la famille, sauf dans les rares cas où elle parviendrait à établir son abandon.

CONCLUSION

Si ces réformes, qui au fond constituent plutôt une mise au point, une adaptation des textes aux besoins juridiques actuels, étaient adoptées, la condition de la femme séparée de fait, dans ses rapports avec les tiers, changerait du tout au tout ; elle serait considérablement améliorée.

L'épouse pourrait passer librement les contrats d'entretien relativement à elle-même et à ses enfants, puisqu'elle serait munie d'un droit propre.

Par suite de l'extension de sa capacité civile, nombre d'opérations juridiques, exigeant jusqu'ici l'autorisation du mari, lui seraient permises. Dans cet ordre d'idées, nous avons souhaité que la justice puisse lui permettre, sur refus injustifié du mari, l'exercice d'un commerce ou d'une profession.

Il s'ensuivrait qu'elle ne serait plus incapable que pour les actes que l'on estimerait intéresser la famille. A propos de ces actes mêmes, elle ne pourrait jamais agir en nullité, si elle les avait passés sans autorisation, car elle ne serait plus placée au rang des incapables ; et le mari ne pourrait agir en nullité que quand la famille y aurait intérêt. Si, en cas normal de cohabitation, la famille était présumée avoir intérêt à

l'annulation de l'acte non autorisé, au contraire, en cas d'abandon du mari, elle serait présumée avoir avantage à son maintien ; et, la femme ne s'étant pas ménagé alors l'autorisation de justice, ce serait au mari à prouver l'intérêt de la famille à l'annulation pour que celle-ci fût obtenue.

De plus, lorsque la femme serait coupable, le mari userait des moyens légaux mis à sa disposition pour la faire rentrer dans la légalité.

Et si le mari, de son côté, était coupable, outre qu'elle ne serait pas privée pour cela de toute existence juridique, elle pourrait demander la séparation de biens, ou s'adresser directement à la justice pour se faire autoriser à passer l'acte, à condition de prouver l'abandon. Elle pourrait aussi passer directement sans autorisation tous les contrats qui n'auraient pas une répercussion fâcheuse sur la famille — puisque le mari, pour attaquer l'acte, aurait besoin de justifier d'un intérêt de la famille ; le tiers aurait seulement, pour sauvegarder entièrement ses droits, à demander à la femme de justifier de l'utilité de l'acte.

C'est vers ces solutions que s'oriente peu à peu la jurisprudence ; ce sont les conclusions qu'elle adopte dans beaucoup de ses arrêts, pour des raisons de pure équité, il est vrai.

Au vote, sans nous leurrer d'illusions, nous espérons que, suivant en cela la loi du 6 février 1893 sur laquelle les adversaires du divorce comptaient pour en arrêter le développement, ces réformes s'ajoutant, par ailleurs, à une règlemen-

tation de la séparation de fait, en ce qu'elle se rapporte à la personne même des époux (pension, nom, enfants, etc...), auraient pour effet de supprimer parfois la séparation de corps et le divorce.

Il n'est pas sans exemple que des époux, la femme surtout, soient obligés de recourir à ces derniers moyens, simplement parce que l'incompatibilité d'humeur qui règne entre eux fait naître de graves difficultés, lorsqu'il s'agit de leurs affaires. La femme, pour une opération qui l'intéresse, se heurte au mauvais vouloir du mari, ou aux entraves qu'il apporte sans raison. Supprimons cette possibilité de résistance injustifiée, elle songera moins, pour sortir de cette pénible situation et agir librement, à recourir à ces moyens qui ne devraient être appliqués qu'à toute extrémité : il lui suffira de savoir qu'elle possède une vie juridique plus facile, et plus indépendante.

Pour un moment d'abandon du mari, elle prendra patience, étant donné qu'elle n'en souffrira pas. La séparation de fait ne sera plus pour le mari un bienfait et pour elle un désastre comme cela arrive, hélas ! trop souvent. Et le tiers, pour sa part, assuré de ne pas voir annuler l'opération, n'hésitera pas à contracter avec la femme.

Dès lors celle-ci ne recourra au divorce que si vraiment elle a pour cela de puissantes raisons.

Ces quelques réformes seraient de beaucoup préférables, au point de vue des conséquences bienfaisantes qu'elles auraient, à cette proposition de loi déposée par M. Maurice Vio-

lette à la Chambre des Députés, le 8 novembre 1910 (1), et qui permet notamment à l'époux abandonné, sous certaines conditions, de demander le divorce en cas d'abandon prolongé et persistant du domicile conjugal par son conjoint. Il vaut mieux, en effet, prévenir les cas de divorce qu'en augmenter le nombre.

Réglémentée soigneusement, et avec le souci de concilier autant que possible l'intérêt de la famille et les droits de l'individu, la séparation de fait ne pourra, les mœurs aidant, tout en sauvegardant le droit des tiers, que maintenir les relations des époux en laissant la porte ouverte aux réconciliations ; ce qui aboutit en définitive à protéger aussi les intérêts de la société, laquelle doit tendre à restreindre le plus possible le nombre des désunions hâtives et brutales.

Vu : le Président,

H. PLANIOL.

Vu : le doyen,

P. CAUWES.

Vu et permis d'imprimer

le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

(1) Cette proposition de loi a été renvoyée le même jour à la commission de la réforme judiciaire (V. *Journal off.*, 9 nov. 1910. Chambre Déb., parl. 1910, p. 2708). Déjà M. Violette avait déposé le 19 février 1907 à la Chambre des Députés une proposition analogue en vertu de laquelle l'époux abandonné et même l'époux coupable pouvait demander, sous certaines conditions, le divorce au bout de 3 ans (V. *Journal off.*, Chambre, Doc. parl., 1907, sess. ord., annexe 770, p. 155).

BIBLIOGRAPHIE

- Aftalion. — *La femme mariée*, Paris, 1899.
- Aubry et Rau. — *Cours de Droit civil français*, 4^e édition.
- Basset. — *Le rôle de la femme mariée*, Thèse, Paris, 1896.
- Baudry-Lacantinerie. — *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 10^e édition.
- Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. — *Des Personnes*, Paris, 1900.
- Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville. — *Du Contrat de Mariage*, Tome I.
- Beudant. — *Cours de Droit civil français. L'Etat et la Capacité civile des personnes*, Paris, 1896.
- Binet. — *La femme dans le ménage*, Thèse, Nancy, 1904.
Bulletin de la Société d'Etudes Législatives.
- Choquet. — *La Séparation de fait entre époux*, Thèse, Lille, 1907.
- Dalloz. — *Répertoire de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence* et Supplément.
- Demolombe. — *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1846.
- Duranton. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 2^e édition.
- Gide. — *Etude sur la Condition privée de la femme*, Paris, 1885.
- Guillouard. — *Traité du Contrat de Mariage*, 3^e édition, Tome II.
- Hémard. — Note dans Sirey 1907, I, 145.
- Huc. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1^{re} édition.
- Josserand. — *Notes de Jurisprudence*.
De l'abus des Droits, Paris, 1903.
- Lacan et Paulmier. — *Traité de la Législation et de la Jurisprudence des Théâtres*, Paris, 1853, Tome I.
- Laurent. — *Principes de Droit civil français*, Bruxelles, 1872-1878.

Lebrun. — *Traité de la Communauté entre mari et femme*, Paris, 1734.

Loynes (de). — *Note dans Dalloz*, 1891, 2, 237.

Lyon-Caen et Renault — *Précis de Droit Commercial*, Tome I.

Marcadé. — *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e et 8^e éditions.

Massé et Vergé. — *Le Droit civil français par Zachariæ*, traduit et annoté par Massé et Vergé, Paris, 1854.

Morizot-Thibault. — *De l'Autorité maritale*, Paris, 1899.

Pandectes françaises.

Planiol. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 3^e édition.

Pothier. — *Œuvres*.

Revue critique de Législation et de Jurisprudence.

Revue trimestrielle de Droit civil.

Rodière et Pont. — *Traité du Contrat de Mariage*, 2^e édition, tome II. Sirey.

Toullier. — *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5^e édition.

Les ouvrages consacrés à des points particuliers ont été cités en note dans le cours de notre Étude.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS. — Délimitation de la Thèse	4
INTRODUCTION. — Comment s'est posé le problème. Plan de notre Etude	11

PREMIÈRE PARTIE

La Condition de la femme séparée de fait dans le droit actuel.

SECTION I. — Actes valables sans autorisation spéciale. . .	19
I. — Code civil	19
II. — Lois d'épargne	21
III. — Loi du 13 juillet 1907	25
IV. — Code de commerce	35
V. — Conventions matrimoniales	44
SECTION II. — Actes Ménagers ou d'administration domestique	48
Théorie du Mandat Tacite. Difficulté du Pro- blème en cas de séparation de fait	48
CHAPITRE I. — Le Mandat subsiste-t-il	54
Deux remarques	54
I. — Théorie de la Persistance du Mandat.	58
II. — Théorie de l'Extinction du Mandat. .	69

	Pages
CHAPITRE II. — Recours des Tiers	80
I. — Persistance exceptionnelle du Mandat.	80
1. Mandats exprès	82
2. Mandats à la femme du mari com- merçant	83
3. Bonne foi des tiers.	89
II. — Autorisation tacite	99
III. — Action <i>de in rem verso</i> contre la femme	115
IV. — Action oblique de l'article 1416 du Code civil	119
V. — Action <i>de in rem verso</i> contre le mari	121
VI. — Droit propre de l'épouse	131
SECTION III. — Actes susceptibles d'autorisation	141
Généralités : Nécessité de l'autorisation mari- tale. Autorisation de justice	141
Systèmes de refus de l'action en nullité, . . .	
CHAPITRE I. — Le tiers et la femme.	151
I. — Autorisation tacite	151
II. — Quasi-délit de la femme.	151
CHAPITRE II. — Le Tiers et le Mari	160
I. — Théorie de l'Abus du Droit	161
II. — Théorie du Quasi-Délit.	172
SECTION IV. — Adoption d'un Commerce ou d'une Profession.	180
I. — Autorisation maritale	180
II. — Autorisation judiciaire.	188
SECTION V. — Situation actuelle de l'Epouse séparée de fait .	201
I. — Actes ménagers	201
II. — Actes permis à la femme.	210
III. — Profession et Commerce.	211
IV. — Actes susceptibles d'autorisation	215
V. — Différences selon les régimes matrimo- niaux	218

DEUXIÈME PARTIE**Les Réformes**

	Pages
Généralités : Comment comprendre les réformes	223
SECTION I. — Législations Etrangères	230
I. — Belgique	230
II. — Angleterre	231
III. — Allemagne	235
IV. — Suisse	242
SECTION II. — Réformes générales	249
Généralités	249
CHAPITRE I. — Réformes utopiques	252
I. — Modification du régime légal.	253
II. — Egalité de pouvoirs.	254
III. — Partage d'attributions	258
CHAPITRE II. — Réformes à admettre	262
I. — Nouveau fondement de l'Autorité ma- ritale.	262
II. — Droit propre de la femme mariée.	270
III. — Extension de la capacité civile de l'épouse.	280
IV. — Autorisation de justice pour exercice d'un commerce ou d'une profession	288
SECTION III. — Réformes spéciales à l'épouse abandonnée.	294
Réformes à rejeter	294
Réformes à admettre	297
I. — Autorisation directe de justice.	297
II. — Séparation de biens.	299
CONCLUSION	306
BIBLIOGRAPHIE.	344

SAINT-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE BUSSIÈRE.
